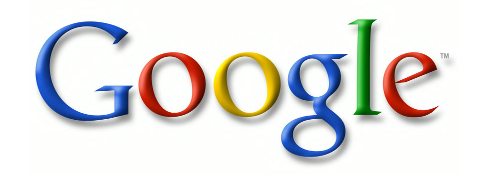
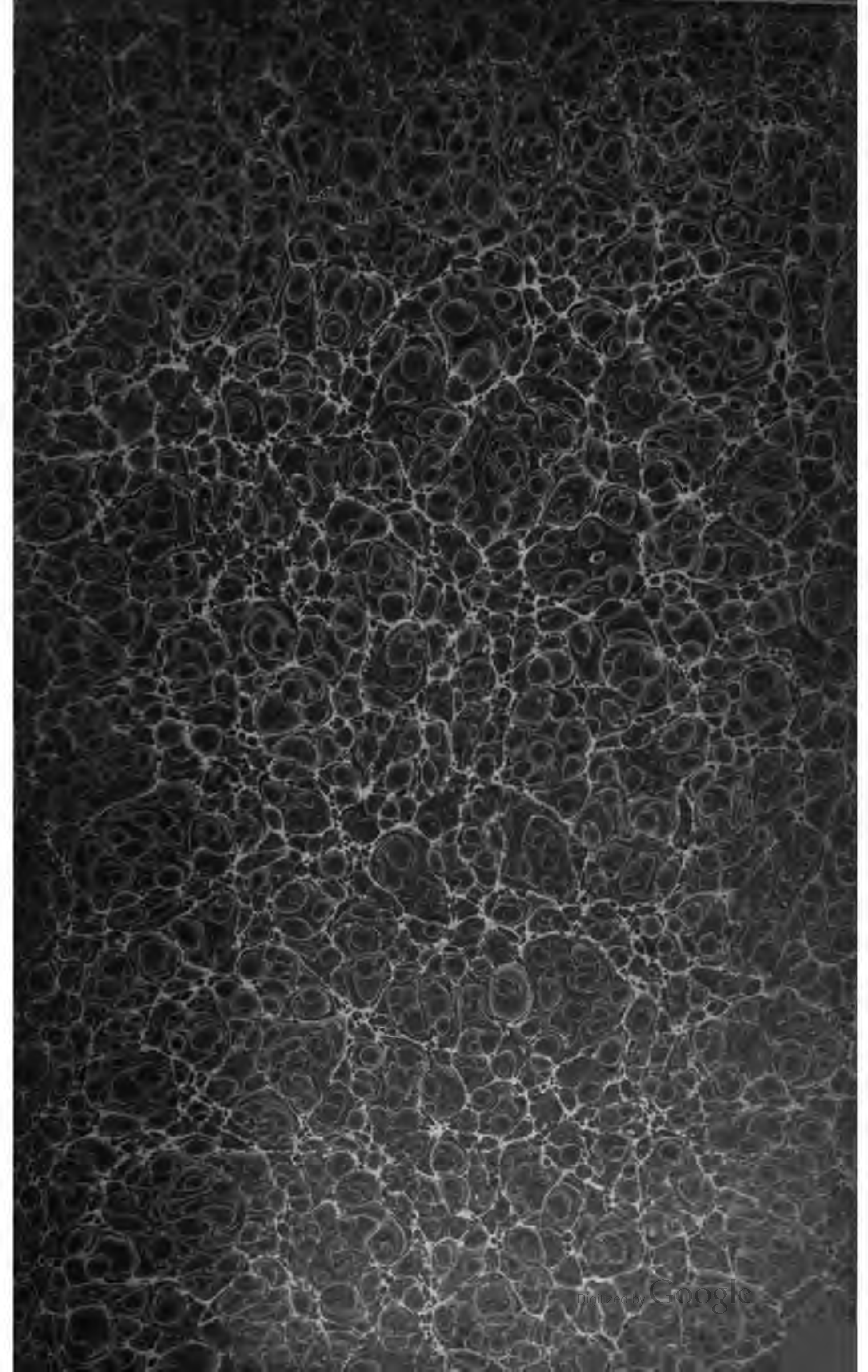





SIGILL: COLL: HARVARD: CANTAB: NOV: ANGL: 1650.
CHRISTO ET ECCLESIAE



Abhandlungen

aus dem

Römischen Civilprozess

von

Dr. J. Baron
ordentlichem Professor an der Universität Greifswald.

I.
Die Condictionen.

BERLIN.
Verlag von Leonhard Simion.
1881.

Die

Condictionen

von

Dr. J. Baron

ordentlichem Professor an der Universität Greifswald.

8°

BERLIN.

Verlag von Leonhard Simion.

1881.



Inhaltsangabe.

§. 1. Die abstracte persönliche Klage.

Der Inhalt dieser Abhandlung ist der Nachweis, dass die Condictio nicht dem materiellen Recht, sondern dem classischen Processe angehört. Genauer gesprochen: die gemeine Meinung setzt die Condictio mit der causa debendi in Beziehung, und behauptet, dass Condictionen nur aus bestimmten Obligationen zulässig sind; in dieser Abhandlung aber soll gezeigt werden, dass ein jeder civile persönliche Anspruch, gleichviel welcher Art und welchen Ursprungs, gleichviel ob stricti iuris oder bonae fidei, gleichviel ob aus einem Contracte oder aus einem Delict oder sonstwoher, mit der Condictio geltend gemacht werden durfte; grosse Einschränkungen dieser Behauptung werde ich bei der cond. incerti zugeben (§ 17).

Die soeben behauptete umfassende Zulässigkeit der Condictio ist nur durch eine Eigenthümlichkeit ihrer Formula möglich gewesen. *Die Eigenthümlichkeit bestand darin, dass in der Formel die Causa des Anspruchs nicht angegeben wurde*, die Formel der Condictio enthielt also weder eine Demonstratio (resp. eine ersetzende Präscriptio) noch auch geschah in der Intentio[1]) eine Erwähnung der Causa. Mit

[1]) Die Beispiele bei Gai. 2, 213; 4, 55, sowie in der l. Rubria de Gall. cisalp. c. 20 zeigen, dass auch in der Intentio der Causa gedacht werden konnte.

dem Wegfallen der Formel fiel auch die bezeichnete Besonderheit der Condictio; im Justinianischen Process hat die Condictio ihre Unterscheidung von den übrigen actiones in personam verloren.

Ich glaube das Richtige zu treffen, wenn ich die Condictionenformel als eine abstracte Formel, die Condictio als eine abstracte Klage bezeichne. Wenn auch das Wort neu sein mag: die Sache ist auf einem anderen Gebiete bereits zur Sprache gekommen; ich meine die actio in rem causa non expressa. Dass ihr gegenüber sich in classischer Zeit eine dingliche Klage mit causa expressa gebildet hat, dürfte heutzutage unbestritten sein, und man setzt den Vortheil der Klage mit causa expressa darein, dass der Kläger, wenn er sie verlor, eine neue Klage unter Anführung einer anderen Causa anstellen durfte.

Daher ist es geboten nachzuweisen, dass im Gebiete der persönlichen Ansprüche mit der abstracten Klage gewisse Vortheile verbunden sind, welche die Aufstellung einer solchen rechtfertigen.

Zunächst ist auf die Entwickelung hinzuweisen, welche das Römische Recht zwischen den zwölf Tafeln und der späteren Kaisergesetzgebung zurückgelegt hat. Man kann darüber streiten, ob die Entwickelung auf dem Gebiete der dinglichen oder auf dem der persönlichen Rechte grossartiger gewesen ist; aber nicht diese Frage muss hier zum Austrag gebracht werden; es genügt die Thatsache, dass zunächst fast das ganze Contractssystem, sodann aber eine Unzahl ausser-contractlicher Ansprüche ausgebildet wurde. Diese Entwicklung beruht zum grössten Theil auf Gewohnheitsrecht, d. h. auf einer Rechtsquelle, für welche der Legisactionenprocess — von einer später zu erörternden Ausnahme abgesehen (§ 15 N. 28) — völlig unempfänglich war; die Legisactio setzt einen durch

Gesetz (lege) begründeten Anspruch voraus; das besagt schon ihr Name, ist auch, wie mir scheint, die heut herrschende Meinung, da Schriftsteller wie Ihering und Bekker [2]) sich ausdrücklich dazu bekannt haben.

Bei solcher Sachlage war der Ausweg geboten: die Bezeichnung der Causa musste überhaupt unterbleiben, es musste genügen, den Anspruch quantitativ bestimmt in der Klage anzugeben; die Analogie der actio in rem, welche damals ohne Ausnahme sine causa expressa statt hatte, musste diesen Ausweg empfehlen. Von diesem Gesichtspunkt aus gewinnt die *certa* pecunia der lex Silia, die omnis *certa* res der lex Calpurnia ihre besondere Erklärung — zwei Gesetze, welche unbestritten die Grundlage der classischen Condictio bilden. Ein jeder persönliche Anspruch besitzt seine Bestimmtheit von einer doppelten Seite her: von seiner Causa und von seinem Umfange aus; die legisactio sacramento verlangte, dass der Kläger beides (sowohl die bestimmte Causa als den bestimmten Umfang) angab (vgl. unten § 15); in den beiden Legisactionen, welche eingeführt wurden, um die Mängel der l. a. sacr. zu heben, begnügte man sich mit der Bestimmtheit von bloss einer Seite: bei der l. a. per iudicis arbitrive postulationem brauchte der Umfang, bei der per condictionem die Causa nicht angegeben zu werden, dagegen erheischte jene die Angabe der bestimmten Causa, diese des bestimmten Umfangs; dies genügte, um der Klage einen bestimmten Inhalt zu geben. — Nach Einführung des Formularprocesses war die Nichtangabe der Causa nicht mehr ein, wie ich oben bemerkte, *gebotener* Ausweg; es konnten nunmehr Formeln mit dem bisher verpönten gewohn-

---

[2]) Ihering im Geist des R. R. 2, 669 ff.; Bekker in den Actionen 1, 93. 94.

heitsrechtlichen Ausdruck gebildet werden (und dies ist in den meisten Fällen geschehen); es konnte ferner zu einer Präscriptio pro actore an Stelle der Demonstratio gegriffen werden; warum sollte eine Präscriptio nicht ebenso z. B. das indebitum wie die permutatio bezeichnen können? Allein es ist Römische Art, einen juristischen Gedanken so lange festzuhalten, bis er sich völlig ausgelebt hat, und es ziemte sich deshalb, bei der Umwandlung der alten legisactio per condictionem in die formula condictionis die Nichtangabe der causa auch fernerhin zu beobachten. Dieser Gesichtspunkt darf in keiner Weise unterschätzt werden; er ist selbst in Fällen wirksam gewesen, wo die Bildung einer materiellen Formel (d. h. mit Angabe der Causa) sehr leicht hätte erfolgen können: bei der Stipulation auf eine bestimmte Geldsumme fand lediglich die condictio certi (die umgewandelte legisactio per cond. ex lege Silia) statt, und der Stipulator hatte keine actio ex stipulatu[3]):

> l. 24 D. de reb. cred. 12, 1: si quis certum stipulatus fuerit, ex stipulatu actionem non habet, sed illa condicticia actione id persequi debet per quam certum petitur.

D. h. der Stipulator erhält keine Formel mit der Angabe der Stipulation als Klagegrund, sondern eine abstracte Klagformel.[4]) — Wie bedeutsam der bisher erörterte Gedanke in der Rechtsgeschichte ist, wird durch die mittelalterliche Rechtsentwicklung bewiesen; ich komme hierauf später zurück (§ 7); vorläufig

---

[3]) Das Gleiche gilt von der Stipulatio auf alia certa res: ich habe sie oben im Texte blos deshalb unerwähnt gelassen, weil die angezogene l. 24 D. de r. cr. 12, 1 nicht von ihr handelt.

[4]) Die Stelle ist von den Meisten übergangen worden; s. darüber unten § 10.

nur soviel, dass die neu entstandenen persönlichen Ansprüche von den Praktikern des Mittelalters sehr gern mit condictiones ex statuto, ex canone, ex moribus versehen wurden; zwar lag hierin ein Versehen, denn die abstracte Klage ist bereits im Justinianischen Process nicht mehr in Geltung und jenen mittelalterlichen Praktikern völlig unbekannt; immerhin aber liefert es den Beweis, dass die Jurisprudenz neu entstehende Ansprüche nicht immer sofort wissenschaftlich zu erfassen versteht, und dass sie dann zu einer Klage greift, bei welcher die Classificirung (d. h. das wissenschaftliche Verständniss) nicht verlangt wird; in diesem Punkte aber stimmt die mittelalterliche cond. ex statuto, canone, moribus mit der classischen abstracten Condictio überein. So ist denn die Condictio die Handhabe gewesen, mit welcher von der republicanischen Zeit bis fast in die unsrige ein guter Theil des Römischen Obligationenrechts fortentwickelt worden ist.

Der zweite Vortheil einer abstracten Klage ist die Möglichkeit, einerseits die (wenn der Ausdruck gestattet ist) wissenschaftliche Zweifelhaftigkeit der Causa zu umgehen, andererseits die wirkliche Schwäche der Causa zu verdecken. Was die wissenschaftliche Zweifelhaftigkeit betrifft, so meine ich Ansprüche, welche an sich wohlbegründet sind, deren Causa aber so oder anders formulirt werden kann; die Condictio sieht als abstracte Klage von der Formulirung der Causa überhaupt ab und hebt demnach über die ganze Schwierigkeit hinweg. Man sehe z. B.:

> l. 39 D. de stip. serv. 45, 3: Quum servus, in quo usumfructum habemus, proprietatis domino ex re fructuarii vel ex operis eius nominatim stipuletur, acquiritur domino proprietatis; sed qua actione fructuarius recuperare possit a do-

mino proprietatis, requirendum est. Item si servus bona fide nobis serviat et id, quod nobis acquirere poterit, nominatim domino suo stipulatus fuerit, ei acquiret; sed qua actione id recuperare possumus, quaeremus. Et non sine ratione est, quod Caius noster dixit, condici id in utroque casu posse domino.

Als ersten Fall behandelt der Jurist den servus fructuarius; der zweite Fall vom bona fide serviens wird jenem nur deshalb angeschlossen, weil in beiden der Eigenthümer Alles erwirbt, was nicht ex operis servi resp. ex re fructuarii seu possessoris herrührt. In dem ersten Falle aber musste die Frage aufgeworfen werden, ob der Fructuar nicht auf das dem Ususfructus zu Grunde liegende Rechtsverhältniss (Legat, Kauf u. s. w.) zurückgehen müsse? Aehnlich wie der Cessionar einer Forderung gegen den Verkäufer, welcher vom Schuldner durch Compensation oder Einziehung befriedigt wird, die Contractsklage anstellt[5]. Man braucht die Frage nicht zu beantworten, wenn man die Condictio anstellt; diese ist auf alle Fälle durchgreifend. — Einen zweiten Fall bietet die später (§ 17) zu behandelnde l. 11 § 6 D. de a. e. v. 19, 1; die Frage, ob der Käufer die Arrha nach aufgehobenem oder nach erfülltem Kaufvertrage mit der act. emti zurückfordern könne, wagt Ulpian nicht zu entscheiden; er führt die bejahende Ansicht Julian's an, aber (wie die Worte Julianus *diceret* ergeben) in einer Weise, welche ihn selbst als schwankend erscheinen lassen; dann aber fügt er hinzu: certe etiam condici poterit, d. h. auf alle Fälle ist die Condictio anwendbar.

Deshalb ist die Condictio die, wenn ich so sagen darf, geborene Klage für die Bereicherungsfälle; nach

5) l. 23 § 1 D. de act. vend. 18, 4.

der wissenschaftlichen Formulirung der Bereicherungsfälle ringen schon die classischen Juristen (§ 5) [6]), aber noch heute ist sie nicht ganz gelungen; noch heute haben wir in der cond. sine causa ein gewisses Gebiet der Bereicherung, wo auch wir uns mit dem allgemeinen nichtssagenden Satze begnügen, dass die Bereicherung grundlos sei [7]); noch heute ist man berechtigt, manche Bereicherungsklage als eine abstracte zu bezeichnen, weil die Grundlosigkeit nicht juristisch formulirt ist, weil sie auf Thatsachen basirt wird, welche im Römischen Process ins Judicium und nicht in die Verhandlung in iure gehörten. Bei den Bereicherungsklagen vornehmlich wird das sich bewähren, was ich oben die Verdeckung der Schwäche der Causa genannt habe; das was der Causa an juristischer Begründung fehlt, kann man, wenn die Causa überhaupt nicht juristisch formulirt zu werden braucht, leicht aus der Billigkeit, aus dem Gerechtigkeitsgefühl ergänzen; nicht vergebens wird der Römische Kläger an das Billigkeitsgefühl der Römischen Geschworenen, und sei es auch eine aequitas asinina, appellirt haben.

Als dritten Vortheil der abstracten Klage möchte ich anführen, dass sie die Möglichkeit gewährt, den eingeklagten Anspruch auf mehrere Causae zu stützen [8]); so klagt C. Fannius Chärea gegen Roscius aus Literal-

---

[6]) Die Verpflichtung aus der grundlosen Bereicherung ist sehr alt; von dem Fall der iniusta causa berichtet l. 6 D. de cond. ob t. c. 12, 5: Perpetuo Sabinus probavit *veterum* opinionem existimantium, id quod ex iniusta causa apud aliquem sit posse condici.

[7]) Der neueste Versuch (Windscheid, Pand. §§ 422. 423), die Lehre auf Principien zurückzuführen, ist mir nicht entgangen.

[8]) Damit hängt zusammen, dass ein Irrthum wie der bei Gaius 4, 55 erwähnte in der Condictio nicht vorkommen kann. Ich schlage dies nicht hoch an — aus ähnlichen Gründen wie die im Text angeführten.

contract und Societät (§§ 12. 13). Allein ich halte diesen Vortheil einerseits nicht für bedeutend, weil die Praxis nur äusserst selten Gelegenheit giebt, von demselben Gebrauch zu machen; andererseits ist er auch auf andere Weise zu erreichen, wie dies hervorgeht aus

> l. 1 § 4 D. quod leg. 43, 3 [9]): Quia autem nonnunquam incertum est, utrum quis pro legato an pro herede vel pro possessore possideat, bellissime Arrianus scribit, hereditatis petitionem instituendam et hoc interdictum reddendum, ut sive quis pro herede vel pro possessore vel pro legato possideat, hoc interdicto teneatur, quemadmodum solemus facere, quoties incertum est, quae potius actio teneat; nam duas dictamus, protestati ex altera nos velle consequi, quod nos contingit.

Vielleicht ist die Bemerkung berechtigt, dass diese Verbindung zweier Klagen erst dem classischen Process angehören dürfte, und dass demnach in früherer Zeit der Vortheil nur durch die Condictio zu erreichen war.

Den vierten Vortheil, welcher mit der Condictio verbunden ist, hat schon Bekker [10]) in voller Klarheit erkannt: mit der Condictio (auch mit der cond. incerti) verfolgt man nur Einen Anspruch, die actio incerti umschliesst, falls nicht einengende Zusätze (praescr. pro actore) gemacht sind, das ganze Rechtsverhältniss, also alle aus demselben entsprungenen Ansprüche. Der Grund dieser Differenz zwischen condictio und actio bedarf bei der cond. certi und triticaria keiner Ausführung; es genügt der Hinweis, dass die Intentio derselben die certa pecunia resp. die alia certa res

---

[9]) Bekker, Actionen 2, 235 Note 22.

[10]) Actionen 1, 323.

enthielt, das Rechtsverhältniss also nur insoweit in iudicium deducirt wurde, als es sich um diese Gegenstände handelte; aber auch von der cond. incerti wird in § 17 das Gleiche gezeigt werden durch den Nachweis, dass in ihrer Intentio das Incertum specialisirt wurde, und dass die Intentio *quicquid* dari fieri oportet nicht der cond. incerti, sondern der actio incerti angehört. — Der aus diesem Gegensatz von condictio und actio sich ergebende Unterschied ist im classischen Recht von grosser Bedeutung gewesen; die ins Judicium deducirte Actio ergreift alle Ansprüche, fällige wie unfällige, und lässt keine Nachholung der später fälligen zu; allmählich sucht man sich dagegen durch eine praescr. pro actore zu schützen; allein diese wurde doch nur insoweit gegeben, als die Abwendung von Schaden es verlangte. Wenn z. B. nach Gaius 4, 131 a. der Käufer der act. emti die Präscriptio: ea res agatur de fundo mancipando vorsetzen lassen durfte, so war dies doch nur dann zulässig, wenn die Mancipation schon jetzt, die Tradition erst später gefordert werden konnte; die Darstellung bei Gaius 4, 131 a. nöthigt zu dieser Auffassung, und es folgt daraus die Unzulässigkeit der Präscriptio, wenn der Gläubiger ungezwungen und aus freiem Willen blos auf die eine seiner Forderungen klagen wollte. Mit anderen Worten: die willkürliche Heraushebung Eines Anspruchs und seine isolirte klagweise Geltendmachung kann nur durch die Condictio erfolgen; sie abstrahirt von der Causa, so dass nicht die sämmtlichen aus der letzteren entspringenden Ansprüche ins Iudicium deducirt werden sondern bloss der speciell genannte, dessen die Intentio der Condictionsformel gedenkt.

Endlich führe ich die l. 36 D. de obl. et act. 44, 7 an:
cessat ignominia in condictionibus, quamvis ex famosis causis pendeant.

Der Satz ist so alt wie die Condictio; wenigstens kann schon aus republicanischer Zeit ein praktischer Fall zu seiner Erhärtung angeführt werden. Auf die Frage Cicero's an den Sachwalter des Fannius Chärea, warum er denn als Klage gegen Roscius, die doch zum zweiten Fundament die Societät hat, nicht das arbitrium pro socio, sondern die condictio certi gewählt habe, erhält er zur Antwort, dass die Verurtheilung auf das arb. pro socio den Verklagten infam mache, und dass der Kläger die Schande von Roscius habe fernhalten wollen[11]). Hiernach kann über den Inhalt der l. 36 cit. kein Zweifel sein; es handelt sich nicht blos um eine Bereicherung, die bei Gelegenheit eines mit einer actio famosa ausgestatteten Contractsverhältnisses erfolgte (— so die herrschende Meinung —), sondern der ganze Inhalt des Contractsverhältnisses ist vom Kläger vermittels Condictio in den Process gezogen worden. Weiter aber entsteht die Frage, weshalb die Behandlung des Verklagten von der gebrauchten Klage abhängig sei, weshalb seine Ehre ihm genommen werde oder erhalten bleibe, je nachdem der Kläger zur act. famosa oder zur Condictio gegriffen habe. Sollte hierauf erwidert werden, dass die Infamie durch das prätorische Edict an die Verurtheilung in der act. famosa (und nur in dieser) geknüpft sei, so wäre dies eine anscheinend äusserlich befriedigende, innerlich aber ungenügende Antwort; denn man müsste weiter fragen, warum der Prätor die Condictio nicht unter die famosen Klagen mitaufgenommen habe, trotzdem sie ex famosa causa angestellt werden konnte. Erklärlich wird l. 36 cit. erst, wenn die Condictio eine abstracte Klage ist; die letztere konnte unter die act. famosae nicht aufgenom-

[11]) vgl. unten § 13, und vorläufig Cicero pro Rosc. § 25.

men werden, weil dem Urtheil nicht anzusehen ist, dass die Condictio ex causa famosa ergangen sei.

Dies ungefähr mögen die Vortheile einer abstracten Klage zur Zeit des classischen Römischen Rechts gewesen sein.

Einen Punkt hebe ich noch hervor. Ich habe oben die Condictio deshalb für eine abstracte Klage erklärt, weil in der Formel die Causa unerwähnt blieb. Das heisst also: Bei Anstellung einer Condictio wird *in iure* die Causa des Anspruchs nicht angegeben. Bei der Verhandlung *in iudicio* muss selbstverständlich die Condictio wie jede andere Klage begründet werden; in iudicio kann die Klage keine abstracte mehr sein; wie sollte denn dem Geschworenen die Ueberzeugung von der Richtigkeit des klägerischen Anspruchs beigebracht werden? Und so wird denn in der Justinianischen Compilation an unzählig vielen Stellen nach dem Grunde der Condictio gefragt, und je nach seinem juristischen Werthe die Condictio zugelassen oder verworfen; unter den Gründen hinwiederum spielt die grundlose Bereicherung eine grosse Rolle; denn nicht allein dass hier die Condictio in der Regel die einzige Klage ist, so ist der Grund selbst häufig ein so zweifelhafter, ein so bedenklicher, dass er der Erörterung bedarf. Alle diese Stellen, in denen «auf die reale Grundlage der Condiction ausdrücklich hingewiesen wird», stehen mit der Behauptung, dass die Condictio eine abstracte Klage sei, nicht im Widerspruch. [12])

---

[12]) A. M. ist Bekker, Actionen 1, 139.

§ 2. Zur Literatur der Condictio.

Im Nachstehenden beabsichtige ich bloss über die Literatur unseres Jahrhunderts zu handeln; eine Besprechung der früheren Literatur würde nur die Ueberzeugung bestätigen, dass eine Wissenschaft des Römischen Processes erst durch das vierte Buch von Gaius möglich geworden ist. Schrieb doch noch 1815 Unterholzner [1]), er nehme nach gründlichen Untersuchungen an, dass eine Klage dadurch Condictio werde, dass sie vor ein nicht bloss für den besonderen Fall, sondern mit einer allgemeinen und dauernden Bestimmung zusammengesetztes Collegium von Geschworenen gebracht werde; eine eigentliche Actio sei es, wenn die Untersuchung an einen durch den übereinstimmenden Willen der Parteien von der Gerichtsbehörde ernannten iudex oder arbiter komme! Und Gans, der zwar 1819, also nach Auffindung des Gaius, aber ohne Benutzung desselben [2]) seine Abhandlungen über das Römische Obligationenrecht veröffentlichte, erklärt condictio als eine Klage, die auf das dare eines certum geht; von einer eigenthümlichen Anschauung über certum ausgehend erklärt er dann weiter die act. de tigno iuncto, die act. iniuriarum ex l. Cornelia, die act. furti, die act. l. Aquiliae für Condictionen, ebenso aber die Klagen aus Stipulation, Literalcontract und Testament, aus Darlehn und aus Haben ohne Grund; übrigens identificirt er Condictio mit stricti iuris actio, cond. certi mit act. ex stipulatu; die cond. incerti er-

---

[1]) Ztschr. f. gesch. Rechtsw. 1, 251.

[2]) Er sagt es selbst auf S. 40.

klärt er für eine «Anomalie des ganzen Systems des formellen Obligationenrechts».

Die Reihe der Schriftsteller, welche nach der Auffindung des Gaius die Condictio monographisch bearbeitet haben, eröffnet Hasse mit seiner 1833 erschienenen Abhandlung über die Actio[3]). Ihm ist die Condictio (und zwar die certi) ursprünglich die Klage aus einem credere; die Einzelfälle des credere sind das Darlehn (credere re), die Stipulation (credere verbis) und der Literalcontract, aber auch bei Depositum, Commodat, Pignus, Mandat, negotiorum gestio und Societät sei ein credere und die certi condictio angenommen worden[4]); auch das Damnationslegat mochte man als credere ansehen; dahingegen sei die certi condictio bei der Sachbeschädigung nur dadurch zu erklären, dass die l. Aquilia in einem uns nicht mehr erhaltenen Capitel diese Klage für gewisse Fälle vorgeschrieben habe. Die ursprüngliche Bedeutung der certi condictio (als Klage aus credere) trat nach Hasse später ganz zurück; sie ward auf die Fälle des Habens ohne Grund übertragen, mit denen das Creditum das gemein hat, dass auch bei letzterem nach Ablauf der Creditzeit das Haben ein grundloses wird; zuletzt geschah die Ausdehnung auf die gesetzlichen Obligationen[5]). In Folge dessen unterscheidet Hasse zwei Ge-

3) Rhein. Mus. f. Jurisprudenz Bd. 6 S. 1—86; insbes. S. 52 ff.

4) Aus welchen Gründen gerade hier das credere statuirt wurde, darüber lässt sich Hasse nicht aus; und doch lag die Frage nahe, warum denn nicht der Kaufcontract den oben im Text aufgezählten Obligationen angereiht wurde. Hasse's Beweisführung ist eine rein äusserliche; er liess sich davon leiten, dass bei den aufgezählten Obligationen die Quellen der Condictio gedenken: l. 13 § 1 D. dep. 16, 3; l. 1. l. 4 § 1 D. de r. cr. 12, 1; l. 28 § 4 D. de iurei. 12, 2.

5) Auch hier sucht man bei Hasse vergebens nach einem Grunde für die Ausdehnung.

biete der Condictio; in dem ursprünglichen Gebiete (des Credere) concurrirt sie mit «specielleren» Actionen (act. depositi, commodati, pigneraticia u. s. w.), welche ihr zur Seite traten [6]); in dem später hinzuerworbenen Gebiete (des Habens ohne Grund und der Lex) sei sie «Ergänzungsklage» d. h. die ausschliesslich zuständige Klage; in dem ursprünglichen Gebiete sei nur die condictio *certi* anwendbar (denn die specielle Klage liess das Bedürfniss einer cond. *incerti* nicht aufkommen) [7]), in dem später hinzugetretenen Gebiete komme die Condictio sowohl als certi wie als incerti vor.

Noch enger als bei Hasse ist der Ausgangspunkt von Savigny; in seiner berühmten Abhandlung über die Condictionen [8]) stellt er als Musterfall das Darlehn hin und identificirt deshalb Condictio mit stricti iuris actio; der Darlehnsgläubiger veräussere das Eigenthum des Geldes und gebe somit den in der Vindication erhaltenen Schutz auf; diese Veränderung in den Eigenthumsverhältnissen erklärt Savigny als Grund und Bedingung der Condictio, und er führt deshalb alle Verhältnisse, in denen eine Condictio nach den Quellen stattfindet (Stipulation, Literalcontract, Damnationslegat, Haben ohne Grund) auf die Veräusserung von Vermögensstücken, auf das Darlehnsartige des Geschäfts zurück; nur zwei Fälle erkennt er, eben weil bei ihnen diese Voraussetzung nicht zutrifft, als

---

[6]) Warum trat ihr denn bei Darlehn und stipulatio certa keine «speciellere Actio» zur Seite? Diese Frage, die unabweislich ist, wird von Hasse nicht entschieden.

[7]) Es ist dies offenbar unrichtig; der Verkäufer z. B. kann die cond. incerti anstellen: l. 35 D. de serv. pr. urb. 8, 2; die Condictio des Deponenten in l. 13 § 1 D. dep. 16, 3 kann unzweifelhaft eine incerti sein.

[8]) System 5, 503—646.

anomale Condictionsfälle an: die cond. furtiva und die cond. ex lege; diese beiden seien «ganz positive Erweiterungen».

Bekker hat die Deductionen Savigny's eine für Unbeweisbares mustergültige Beweisführung genannt; ich weiss nicht, ob hierin nicht zu viel gesagt ist. Auf Einzelheiten werde ich im Laufe der Abhandlung eingehen; hier möchte ich gegen das Savigny'sche Princip einige allgemeinere Ausstellungen erheben:

1. Savigny fasst die Condictio als Ersatz für verlorene Vindication; nun lesen wir in l. 12 i. f. l. 13 pr. D. de reb. cr. 12, 1:

> . . . et si alienam pecuniam credendi causa quis dederit, deinde furere coeperit, et consumta sit ea pecunia, condictionem furioso acquiri; (l. 13) nam et si fur nummos tibi credendi animo dedit, accipientis non facit sed consumtis eis nascitur condictio.

Das heisst doch: wer fremdes Geld als Darlehn hingiebt, hat, wenn es consumirt ist, die cond. certi; ja sogar der Dieb hat sie; nimmermehr kann hier die Condictio Ersatz für verlorene Vindication sein; zwar ist die Vindication durch die Consumtion verloren gegangen, aber nicht dem, der sie verloren hat, sondern dem Hingeber, selbst wenn er das Geld vorher gestohlen hat, wird die Condictio gegeben. Vergebens habe ich bei Savigny nach einer Erklärung der Stellen gesucht.

2. Zum Zwecke des Nachweises, dass in der Stipulation ein Darlehn stecke[9]), bezieht sich Savigny zunächst auf das Wort credere, welches dem Darlehn

---

[9]) Auch Rudorff (Rechtsg. 2, 144) bemerkt, dass Klagen aus Stipulation und Gesetz nur gezwungen als Rückforderungen construirt werden.

mit der Stipulation gemein sei; sodann aber beruft er sich auf l. 3 § 3 D. ad sct. Mac. 14, 6:

> is autem solus sctum offendit, qui mutuam pecuniam filiofamilias dedit, non qui alias contraxit, puta vendidit, locavit vel alio modo contraxit; nam pecuniae datio perniciosa parentibus eorum visa est, et ideo etsi in creditum abii filiofamilias vel ex causa emtionis vel ex alio contractu, in quo pecuniam non numeravi, etsi stipulatus sim, licet coeperit esse pecunia mutua, tamen quia pecuniae numeratio non concurrit, cessat sctum.

Es handelt sich um die Worte: et ideo etsi in creditum abii — cessat sctum, namentlich um den Zwischensatz: licet coeperit esse mutua pecunia; Savigny behauptet, hier werde ausdrücklich ausgesprochen, dass durch Literalcontract[10]) und Stipulation eine wahre Darlehnsschuld entstehe; der Verkäufer habe mit dem Käufer durch expensilatio oder stipulatio eine Verwandlung der Schuld vorgenommen, es liege alsdann zwar eine wahre Darlehnsschuld vor, aber dennoch keine solche, dass das sct. Macedonianum Anwendung finde. Wäre die Interpretation richtig, so würde die Stelle zu viel ergeben: nämlich dass Expensilation und Darlehn ein wahres Darlehn enthalten, während doch Savigny blos die Fiction eines solchen behauptet[11]). Das richtige Verständniss erhält man, wenn man die von demselben Ulpian herrührende l. 15 D. de reb. cr. 12, 1 hinzunimmt; hier lehrt Ulpian[12]), dass die blosse Abrede ein Creditum schaffe, wenn der Mandatsschuldner mit dem Mandanten ein

---

10) Diesen findet Savigny in den Worten: etsi in creditum abii.
11) Wörtlich ausgesprochen a. a. O. S. 532. 533.
12) Entgegen African in l. 34 pr. D. mand. 17, 2.

Creditum verabrede, so entstehe nach juristischer Auffassung ein wahres Darlehn: videatur mihi data pecunia et a me ad te profecta. Von einer solchen Abrede handelt Ulpian in l. 3 § 3 cit. (etsi in creditum abii), er fügt hinzu, die Abrede könne durch Stipulation bestärkt werden (etsi stipulatus sim), aber trotz der Bestärkung bleibt die Abrede die Hauptsache und sie bewirkt ein wahres Darlehn: licet coeperit esse mutua pecunia. — —

Noch Eines ist zu entgegnen, nämlich dass die Klage aus der Stipulation nicht immer eine Condictio ist; sie ist es bei der stip. certa, nicht aber bei der stip. incerta; Savigny ist deshalb gezwungen, die bei letzterer stattfindende *actio* ex stipulatu für eine Condictio zu erklären; die Unzulässigkeit dieses Verfahrens wird von allen neueren Schriftstellern über Römischen Process zugegeben (§ 17).

3. Bei dem Damnationslegat trete ich den Savigny'schen Ausführungen in anderer Weise gegenüber. Ich werde nämlich nachweisen, dass die ordentliche Legatsklage nicht die Condictio sondern die actio ex testamento ist (§§ 8. 10)[13]), und dass die cond. certi nur in demjenigen Sinne bei Legaten gebraucht werden kann wie bei damnum iniuria datum u. s. w., d. h. unter Anwendung des Selbstschätzungsrechts. Ich will freilich nicht behaupten, dass auch das Damnationslegat mit dem Darlehn zu parallelisiren sei; wäre dies aber der Fall, so würde die Savigny'sche Auffassung auch daran scheitern, dass das Damnationslegat nicht mit einer Condictio eingeklagt wird.

4. Die Identificirung von condictio und stricti iuris

13) Die Stellen, welche Keller (Instit. S. 331) für das Gegentheil massenhaft anführt, habe ich sämmtlich durchgelesen; nicht eine einzige führt als Legatsklage eine Condictio an.

actio ist nothgedrungen eine Folgerung des von Savigny im Darlehn genommenen Ausgangspunktes. Nun wird aber diese Behauptung durch kein Quellenzeugniss bestätigt; im Gegentheil: die Condictio findet unstreitig zum Schutze von bonae fidei negotia Anwendung; die Entgegnung, dass dies nur so weit stattfinde, als es sich um Ersatz für verloren gegangene Vindication handle, ist weder richtig noch auch stichhaltig; denn auch diese Ersatzpflicht muss doch nach der Natur des Geschäfts und nach dem dasselbe beherrschenden Princip der bona fides beurtheilt werden; mit anderen Worten: die Condictio, welcher ein bonae fidei negotium zum Grunde liegt, kann nicht eine stricti iuris actio sein (§ 9).

In Einem Punkte hat Savigny allgemeine Zustimmung gefunden: in der Identificirung von condictio und stricti iuris actio[14]). Dahingegen sind ihm bezüglich der Zurückführung der Condictionen auf Ein Princip Viele entgegengetreten: Wächter[15]), Vangerow, Bethmann-Hollweg, Rudorff, Bekker; Arndts und Windscheid haben sich in dieser Beziehung nicht ausgesprochen. Puchta ist Savigny völlig beigetreten.

Auch Keller[16]) steht auf demselben Boden wie Savigny; nur finden sich bei ihm zwei wichtige Modificationen. Die eine verlegt Keller in den Anfang der Condictionsgeschichte: er geht vom Formalgeschäft aus und lässt erst an dieses das Nichtformalgeschäft durch Leistung (vertragliche Leistung z. B. Darlehn, sowie nicht vertragliche, also Haben ohne Grund) sich anschliessen[17]). Die zweite Modification verlegt Keller[18])

---

14) Dies war vor Savigny streitig; vgl. Glück, Pand. 13, 8.

15) Erörterungen 2, 78 ff. (Anm. 56).

16) Civilpr. § 88.

17) Von der cond. ex lege spricht Keller nicht.

18) Schon vor Keller lehrte Unterholzner (Schuldverh. 1, 338 f.) dasselbe; er verlegte das Selbstschätzungsrecht in den Anfang

in die spätere classische Zeit; er[19]) erneuert die schon von der Glosse aufgestellte, namentlich auf l. 9 pr. § 1 D. de reb. cr. 12, 1 gestützte Meinung, wonach «die cond. certi mit jeder actio ex contractu oder ex delicto u. s. w. concurrirt, sobald die Forderung ihrem Gehalt nach auf Geld gerichtet und der Kläger bereit ist, die Gefahr des Certum auf sich zu nehmen»; er bezeichnet diesen Satz als jüngste Rechtsbildung[20]).

Rudorff hat zwar die Keller'sche Interpretation der l. 9 cit. angenommen[21]); im Uebrigen geht er seinen eigenen Weg[22]); er giebt als Gründe der Condictio an:

1. eine lex publica und was ihr gleichsteht (Sctum und Juristenrecht); hieher zählt er die cond. ex lege, furtiva, ob turpem und iniustam causam, sine causa;

2. einen autonomischen Act und zwar
   a) einen einseitigen, entweder letzter Wille (legatum) oder legum dictio suae rei unter Lebenden z. B. numeratio, expensilatio, cond. ob causam datorum.
   b) einen zweiseitigen: stipulatio.

Man sucht vergebens nach einem diesen verschiedenen Fällen zu Grunde liegenden Princip; aber auch im Einzelnen lassen sich viele Ausstellungen erheben z. B. dass die Legatsklage (wie oben S. 17 bemerkt ist) nicht die Condictio ist, dass das Darlehn und die

---

der Kaiserzeit; seine Ansicht blieb fast gänzlich unbeachtet; bloss Heimbach citirt ihn.

19) Hasse bekennt sich nicht zu dieser Anschauung (Rhein. Mus. f. Jurispr. 6, 60. 61); ebensowenig natürlich Savigny (System 5, 578 ff.). Uebrigens rechnet Savigny (S. 582 Note e) irrthümlich Hasse zu seinen Gegnern; man lese a. a. O. die Seite 75.

20) Keller sind beigetreten Ubbelohde (Ipso iure compensatur S. 186 N. 11. S. 192 N. 21) und Krüger (Proc. Cons. S. 105—110).

21) Civilpr. § 40 Note 7 (Bd. 2 S. 142).

22) A. a. O. § 40.

Expensilation unmöglich als legum dictio suae rei aufgefasst werden können, dass die Consensualcontracte mit demselben Rechte wie die Stipulation als autonomische Acte bezeichnet werden müssten.

Am vorsichtigsten von allen Schriftstellern ist Bekker aufgetreten [23]). Nach seiner Meinung waren die Condictionsgründe ursprünglich überhaupt nicht fest bestimmt abgegrenzt; erst die Praxis, die Verhandlungen in den einzelnen Processen führten allmählich zur Befestigung und Kenntniss des geltenden Rechts. Zunächst gelten als Condictionsgründe adnumeratio, stipulatio, expensilatio; dann treten die realen Quasicontracte schon früh hinzu (Haben ohne Grund), so dass sie mit den drei zuerst aufgezählten Condictionsgründen verbunden die res, verba, literae ergeben; auch hiebei blieb man nicht stehen: testamentarische Verordnungen und gesetzliche Vorschriften erzeugten später gleichfalls Condictionen; mit Lebhaftigkeit aber polemisirt Bekker gegen die Keller'sche Auffassung von l. 9 pr. § 1 D. de reb. cr. 12, 1 [24]); wiewohl er zugiebt, dass ausser dieser Stelle noch mehrere andere (namentlich die l. 28 § 4 de iurei. 12, 2, l. 5 D. de exc. r. iud. 44, 2, l. 36 D. de obl. et act. 44, 7; l. 17 § 5 D. de inst. act. 14, 3) für Keller sprechen, so interpretirt er sie dennoch derartig, dass die Condictio immer an bestimmte Entstehungsgründe der Obligationen (res verba u. s. w.) gebunden bleibt.

Gegenüber der Systematisirung Savigny's und Ru-

---

23) Actionen Bd. 1 Cap. 5—7. Pernice ist Bekker gefolgt (Labeo 1, 416 ff.).

24) Mit Recht hebt er hervor unter Berufung auf Cicero's Rede für Roscius, dass der Keller'sche Rechtssatz, wenn er überhaupt richtig ist, schon in der Republik gegolten haben muss. Aehnlich Pernice in der krit. Vjschr. 10, 110 unter Berufung auf l. 17 § 2 D. rer. am. 25, 2, wo Ulpian den Julian citirt.

dorff's, welche das massenhafte Detail gewaltsam unter einen oder zwei Begriffe zwängten, war es naturgemässe Reaction, wenn Bekker alle Einzelheiten verbindungslos neben einander aufreihte; durch die historische Betrachtung und Zergliederung muss die juristische Erkenntniss gewinnen. Dennoch aber vermisst man bald die Zusammenfassung des gesammten Stoffs und seine Vertheilung nach einem einheitlichen Gedanken. Man lässt die Zusammenstellung von adnumeratio, stipulatio, expensilatio gelten, weil sie zu einer gewissen Zeit zusammen das Credere bilden; wie aber kann ihnen das Haben ohne Grund mit der Mannichfaltigkeit seiner Objecte an die Seite gestellt werden? Wie gar die durch das Gesetz geschaffene Obligation? Wenn Bekker an vielen Stellen seines Werkes sich mit Fragenstellung begnügen durfte, weil nach dem heutigen Stande der Wissenschaft eine Antwort nicht möglich ist: bezüglich der Condictio musste er von der Detailforschung aus zur Darstellung des Princips fortschreiten.

Auf manche seiner Fragen hoffe ich Antwort geben zu können; z. B. auf die Frage nach dem Unterschied zwischen condictio incerti und actio incerti, auf die Frage, weshalb die act. rerum amotarum Condictio genannt wird (§§ 17. 22). Denn allen bisherigen Ansichten gegenüber, welche die Condictio stets an gewisse Entstehungsgründe der Obligationen binden, behandle ich sie als eine abstracte d. h. von dem Entstehungsgrunde abstrahirende Klagform. Die Auffassung, welche Keller (unter Erneuerung der mittelalterlichen Ansicht) von l. 9 D. de reb. cr. 12, 1 lehrt, verallgemeinere ich, indem ich sie auf jede Condictio (auch auf die triticaria und die incerti) übertrage, und ich mache sie älter, indem ich sie als von Anfang an der Condictio innewohnend erkläre. —

Wir sind gewöhnt die Rechtsidee in der Römischen Klagformel ausgedrückt zu sehen; es bestätigt sich dies in der gegenwärtigen Materie, da wie ich in § 1 behauptete und später nachweisen werde, die Condictio keine demonstratio noch praescriptio pro actore, noch endlich in der Intentio eine Angabe der causa obligationis enthält (§§ 3. 4). Gegenwärtig will ich die Ansichten der Schriftsteller über diese Frage berichten.

Hasse und Rudorff[25]) behaupten, die Causa sei stets in der Formel allegirt worden. Sie berufen sich theils auf Gaius 4, 55, die ich später (§§ 8. 10) erklären werde[26]) theils auf eine Stelle bei Quinctilian:

> Inst. orat. IV, 2: satis est dixisse: certam creditam pecuniam peto ex stipulatione, legatum peto ex testamento.

Hasse und Rudorff denken, dass diese Worte in iure gesprochen werden; allein sie werden in iudicio gesprochen; denn Quinctilian sagt im Vorhergehenden ausdrücklich, dass er von der Verhandlung vor den Centumvirn und vor den Geschworenen handle; er stellt die propositio und die narratio causae einander gegenüber, jene eine kurze Bezeichnung der Streitsache, diese eine ausführliche Beschreibung, und er tadelt es, dass die Meisten eine narratio für nöthig halten, während doch oft die propositio genüge z. B. wenn der Process vor den Centumvirn schwebe und es sich nur um Rechtsfragen handle; oder wenn der Process vor dem Judex schwebe und dieser den Sachverhalt schon wisse, oder die Sache mit wenig Worten bezeichnet werden könne; in solchem Falle reiche es

25) Hasse im Rhein. Mus. f. Jurispr. 6, 85. 86; Rudorff in Rechtsg. Bd. 2 S. 145 Note 19.

26) Sie handelt von der Legatsklage, von der man bisher annimmt, dass sie eine Condictio sei, während sie in Wahrheit die actio ex testamento ist (§ 10).

hin, zu sagen — und nun folgt der oben wörtlich mitgetheilte Satz; unzweifelhaft ist er vor dem Judex gesprochen[27].

Savigny fasst zwar die Quinctilian'sche Stelle wie Hasse und Rudorff auf[28], und er behauptet, dass vielleicht die Demonstratio die Causa angegeben, vielleicht die Intentio ihn enthalten habe, aber — fügt er mit Bezug auf Cicero's Rede für Roscius hinzu — allgemein sei dies nicht gewesen; vielleicht habe die Hinzufügung der Demonstratio resp. die Benennung der Causa in der Intentio von der Willkür des Klägers abgehangen; «wo die Condictio eine specielle Veranlassung hatte z. B. Diebstahl, Indebitum u. s. w., da mag wohl die Intentio stets hinzugefügt worden sein»[29]. Keller, Zimmern, Puchta und Voigt sprechen sich mit Bestimmtheit dahin aus, dass der cond. certi und triticaria die Demonstratio gefehlt habe, aber in der Intentio halten die ersten drei Schriftsteller einen Zusatz der Causa für möglich; Voigt hat sich darüber nicht geäussert[30]. Heimbach[31], welcher die cond. certae pecuniae creditae von der cond. certi unterscheidet (§ 14), ist bezüglich der letzteren Savigny beigetreten; nur von der cond. certae pec. cred. behauptet er, dass die Causa weder durch Demonstratio noch in der Intentio angegeben sei. Dahingegen spricht sich

---

27) So auch Schlesinger, Formalcontracte S. 22 N. 13; Heimbach, Creditum S. 580 ff.; Salpius, Novation und Delegation S. 183 N. 2.

28) System 5, 610 a. E.

29) System 5, 609 f. 612. Gerade von Diebstahl und Indebitum werde ich in §§ 3. 4 das Gegentheil direct aus den Quellen nachweisen.

30) Keller, Litiscont. S. 247 N. 12; Zimmern, Civilpr. § 53 N. 8. 9; Puchta, Instit. § 165 N. kk, § 167 Text zu N. c. d., Voigt, ius naturale 4, 392.

31) Lehre von Creditum S. 557. 579.

Bekker[32]) in solcher Weise aus, dass ich fast annehmen möchte, er habe bezüglich der Formelconception dieselbe Ansicht wie ich; von allen Condictionen (auch von der incerti) schreibt er, dass sie ohne Demonstratio oder Präscriptio gleich mit si paret . . . oportere begonnen haben; diese Auslassung lässt es zwar noch zu, dass Bekker die Erwähnung der Causa in der Intentio für möglich hält, aber auch diese scheint er an einer anderen Stelle zurückzuweisen. Um so auffallender ist es, dass Bekker die Consequenzen, die sich aus dieser Formelfassung ergeben, in keiner Weise gezogen hat; sowie dass gerade er der Keller'schen Auffassung der l. 9 pr. § 1 D. de reb. cr. 12, 1 auf's Nachdrücklichste entgegengetreten ist. — Zuletzt haben sich über unsere Frage ausgesprochen Huschke und Pernice[33]); der erstere leugnet wie Bekker bei jeder Condictio die Demonstratio, der Kläger habe aber die Wahl, ob er die Causa in die Intentio aufnehmen wolle oder nicht. Dahingegen äussert sich Pernice für die völlige Abwesenheit der Causa. — Ich selbst habe in meinen Pandekten (§ 84) die in gegenwärtiger Abhandlung zu entwickelnde Lehre kurz skizzirt.

§ 3. Die Formel der Klage des Argentarius und die der cond. furtiva.

Zunächst wende ich mich zur Darstellung des processualischen Materials: der Formeln. Zwei Formeln giebt es, bei denen die Condictio die Causa unmöglich

---

32) Actionen 1, 111 N. 34; ferner S. 102.

33) Huschke, Multa S. 494 f. Anm. 396; Pernice, Labeo 2, 266 N. 19.

enthalten haben kann: es ist die Formel der Klage des Argentarius und die der cond. furtiva.

I. Die Formel der Klage des Argentarius, welcher gegen seinen Contocurrentschuldner klagt, ist uns bei Gaius 4, 64 erhalten:

> argentarius cogitur cum compensatione agere, et ea compensatio verbis formulae exprimitur, adeo quidem ut ab initio compensatione facta minus intendat, sibi dari oportere; ecce enim si sestertium X milia debeat Titio atque ei XX debeantur, sic intendit: *si paret Titium sibi X milia dare oportere amplius quam ipse Titio debet.*

Die Stellung der Argentarii ist in neuerer Zeit in mehreren Büchern besprochen[1]; es ist genügend aber auch erforderlich, sie hier mit zwei Worten zu schildern. Sie sind der Mittelpunkt des gesammten Geldverkehrs, und betreiben zu diesem Zweck die Geschäfte einer Depositenbank, d. h. sie nehmen Gelddepositen in Verwahrung und leisten im Namen ihrer Deponenten Zahlung[2]; dabei gehen sie oft in Vorschuss, d. h. sie eröffnen ihren Geschäftsfreunden Credit; sie veranstalten Auctionen für ihre Geschäftsfreunde, stipuliren von den Käufern den Kaufpreis, und zahlen denselben an den früheren Eigenthümer der verauctionirten Sachen, natürlich nach Abzug eines Honorars für ihre Thätigkeit als Auctionator[3]; sie sind die Agenten, um die Gelder von Capitalisten

---

[1]) Kraut, de argent. et nummul. 1826. — Dernburg, Compensation S. 22 f. — Danz, Röm. Rechtsgesch. 2, 59 f. — Bekker-Marquardt III. 2 S. 53 ff.

[2]) l. 7 § 2 D. dep. 16, 3; l. 15 § 11 D. de re iud. 42, 1; l. 24 § 2 D. de reb. auct. 42, 5.

[3]) l. 18 D. de her. pet. 5, 3; l. 88 D. de sol. 46, 3 und die bekannten 1875 in Pompeji aufgefundenen Quittungen.

zinsbar anzulegen[4]). Diese Schilderung beweist, dass zwischen dem Argentarius und dem Kunden die verschiedensten Obligationen stattfanden; die Zahlung, die der Argentarius empfängt, kann ein einfaches Depositum oder die Tilgung einer Schuld oder ein anzulegendes Capital sein; die Zahlung, die der Argentarius leistet, kann ein Vorschuss (Darlehn), die Ausführung eines Mandats, die Tilgung seiner Schuld sein; nach einem Bericht des Ulpian[5]) hat Labeo diese Mannigfaltigkeit der Obligationen deutlich ausgesprochen:

> rationem autem esse Labeo ait, ultro citro dandi, accipiendi, credendi, obligandi, solvendi sui causa negotiationem, nec ullam rationem nuda duntaxat solutione debiti incipere, nec si pignus acceperit aut mandatum, compellendum edere; hoc enim extra rationem esse.

Labeo behandelt die Editionspflicht des Argentarius und characterisirt die Geschäfte, hinsichtlich welcher die Edition der Rechnungen verlangt werden kann; diese Geschäfte werden als die entgegengesetztesten characterisirt: als Geben und Empfangen, als Erwerb einer Forderung und Tilgung einer Schuld; sie alle kommen in Einem Punkt zusammen, darin nämlich, dass von der einen oder anderen Seite eine Leistung geschieht, und nur auf sie erstreckt sich die Editionspflicht der Argentarien; aber damit ist ihr Geschäftskreis nicht abgeschlossen, vielmehr berichtet Labeo, dass sie auch Mandate empfangen. Der Argentarius ist nun nach der oben mitgetheilten Stelle bei Gaius 4, 64 befugt und verpflichtet, nur das Saldo einzuklagen (cum compensatione agere); die Formel bei Gaius ist die der condictio certi:

---

4) l. 7 § 2 D. dep. 16, 3.
5) l. 6 § 3 D. de ed. 2, 13.

si paret Titium sibi X milia dare oportere amplius quam ipse Titio debet ...

Hat diese Formel für die Angabe der Causa irgend welchen Raum? Man erwäge nur, dass nicht bloss eine Causa sondern unzählige[6]) vorhanden sein können, und zwar sowohl stricti iuris als bonae fidei negotia. Auch heutzutage ist ein Kaufmann, welcher einen Saldo einklagt, nicht im Stande, der Klage einen bestimmten Namen zu geben, er erwähnt deshalb in der Klage ganz allgemein den Saldo, und legt die Rechnung der Klage bei. Aber selbst die Erwähnung, dass es ein Saldo sei, konnte in der Formel nicht geschehen; denn das «reliquum» (der Saldo) ist kein juristisch-technischer Ausdruck, und kann deshalb weder in eine Demonstratio noch in die Intentio aufgenommen werden; es müsste durch eine Präscriptio beschrieben werden, von welcher uns nichts überkommen ist, und welche schlechthin undenkbar ist, weil in dem knappen Styl der Formel ein Saldo nicht beschrieben werden kann.

II. Die zweite uns erhaltene Formel, von welcher sich die Unmöglichkeit der Erwähnung einer Causa nachweisen lässt, ist die der cond. furtiva. Sie ist sowohl als cond. certi wie als triticaria denkbar. Sie lautet in dem Texte bei Gaius IV. 4, von welchem der Text der Justinianischen Institutionen IV. 6, § 14 nur unwesentlich abweicht, folgendermassen:

plane odio furum, quo magis pluribus actionibus teneantur, receptum est, ut extra poenam

---

[6]) Vgl. die l. 47 § 1 D. de pact. 2, 14: Lucius Titius Gaium Seium mensularium, cum quo *rationem implicitam* habebat propter accepta et data, debitorem sibi constituit et ab eo epistolam accepit in haec verba: ex ratione mensae, quam mecum habuisti in hunc diem *ex plurimis contractibus*, remanserunt apud me ad mensam meam trecenta octoginta sex et usurae quae competierint ...



dupli aut quadrupli rei recipiendae nomine fures etiam hac actione teneantur «*si paret eos dare oportere*», quamvis sit etiam adversus eos haec actio, qua rem nostram esse petimus.

Die Anomalie der cond. furtiva ist bekannt: wiewohl ein Eigenthümer den Antrag auf Eigenthumsübertragung (rem sibi dari) nicht stellen kann, da hierin etwas Unmögliches enthalten sein würde, so ist es doch dem bestohlenen Eigenthümer nachgelassen, das Unmögliche zu verlangen. Wie ist dies zu erklären? Darauf antwortet Savigny[7]) mit dem Hinweis, dass Bedürfniss und Möglichkeit der Condictio nach allgemeinen Regeln dadurch bedingt seien, dass der Dieb nicht mehr die Sache selbst besitze (weil ausserdem die Vindication ausreicht und das dare unmöglich ist), eigentlich müsste also der Bestohlene zuerst genau untersuchen, ob das gestohlene Geld noch unvermischt vorhanden sei, und wenn er es hierin versehe, so müsste er eigentlich wegen der unrichtig gewählten Klage abgewiesen werden; von dieser Verlegenheit und Gefahr habe man den Bestohlenen dem Diebe gegenüber befreien wollen, und deshalb die Condictio auch dann gestattet, wenn die Sache noch vorhanden sei.

Es ist nun zwar richtig, dass die cond. furtiva vor der rei vindicatio das voraus hat, dass der Dieb bei jener sofort wegen Casus haftet, bei dieser erst dann, wenn der Casus nach der Litiscontestation

---

7) System 5, 553. Bekker sieht die cond. furtiva „nicht als eine eingeführte vielmehr als eine übrig gebliebene Ausnahme an, von damals her, wo der Begriff des dare weniger genau präcisirt war“ (Actionen 1, 105); das ist jedenfalls gegen den Bericht des Gaius.

eingetreten ist[8]). Allein dieser Vortheil verschwindet bei der Dejection aus einem fundus (d. h. aus einem nicht mit Häusern besetzten Grundstück[9])), und trotzdem kann auch er condicirt werden, wenn der Eigenthümer daraus mit Gewalt vertrieben worden ist[10]). Savigny hat sich diesen Einwand selbst gemacht[11]), er scheint ihn deshalb gering anzuschlagen, weil die condictio fundi unter den Römischen Juristen bestritten gewesen sei; sieht man sich die Stelle genauer an, so zerfällt die Annahme einer Controverse:

> l. 25 pr. D. de furt. 47, 21 (Ulpianus l. 41 ad Sab.): Verum est quod plerique probant, fundi furti agi non posse. § 1. Unde quaeritur, si quis de fundo vi deiectus est, an condici ei possit, qui deiecit. Labeo negat, sed Celsus putat, posse condici possessionem, quemadmodum potest re mobili surrepta.

In dieser Stelle scheint Celsus mit Labeo darin übereinzustimmen, dass er die cond. fundi *ipsius* leugnet, er scheint ihn darin zu verbessern, dass er die condictio possessionis zulässt. Allein in dem 18. Buch ad Sabinum berichtet derselbe Ulpian, dass Celsus auch die cond. fundi ipsius gebilligt habe, die cond. possessionis nur dann, wenn der Entsetzte Nichteigenthümer war:

> l. 2 D. de cond. trit. 13, 3 (Ulpian. libro 18 ad Sab.): Sed et ei, qui vi aliquem de fundo deiecit,

---

8) Vgl. einerseits l. 15 § 3 D. de rei vind. 6, 1; l. 40 pr. D. de her. pet. 5, 3, andererseits l. 3 l. 8 pr. l. 17 l. 20 D. de cond. furt. 13, 1.

9) So lautet die Erklärung in l. 60 § 2 D. de verb. sign. 50, 16: fundus integrum aliquid est et plerumque sine villa locum accipimus.

10) l. 2 D. de cond. trit. 13, 3.

11) System 5, 555.

posse fundum condici, *et ita et Celsus, sed ita si dominus sit, qui condicat; ceterum si non sit, possessionem eum condicere, Celsus ait.*

Wir müssen einen Ausweg suchen, um den Widerspruch des Celsus mit sich selbst zu vermeiden, und als solcher bietet sich Folgendes dar. Im Principium der l. 25 cit. behandelt Ulpian die act. furti; sie steht bekanntlich nicht blos dem Eigenthümer sondern auch dem Besitzer und Detentor, welcher bestohlen worden ist, unter der Voraussetzung zu, dass sie ein Interesse haben[12]; Labeo meint nun, dass, wenn die act. furti bei einem Grundstück schon um der Immobilienqualität des Gegenstandes unzulässig ist, so ist es die condictio fundi noch viel mehr deshalb, weil die cond. furtiva überhaupt nicht jedem cuius interest sondern blos dem Eigenthümer zusteht; hier verbessert ihn Celsus: denn selbst wenn ein Nichteigenthümer entsetzt worden sei, so könne er die *possessio* fundi condiciren. Ist diese Erklärung richtig, dann steht Celsus nicht mit sich selbst im Widerspruch, dann besteht aber auch kein Dissens zwischen Labeo und Sabinus.

Noch ein anderer Grund steht der Savigny'schen Erklärung der cond. furtiva entgegen. Gaius nämlich ist sich der Anomalie der cond. furtiva wohlbewusst, er will sie entschuldigen, recurrirt aber dabei nicht auf die Argumentation Savigny's; sein Erklärungsgrund lautet: odio furum quo magis pluribus actionibus teneantur; ihr Sinn liegt auf der Hand: es soll ein Versehen bei der Auswahl der Klage gegen den Dieb dem Bestohlenen nicht schaden; nicht um eine Verlegenheit und Gefahr für den Bestohlenen (wie Savigny behauptet) handelt es sich, sondern um einen

---

12) l. 10 l. 15 pr. § 1; l. 46 §§ 1. 3. 4; l. 80 D. de furt. 47, 2.

Irrthum des Bestohlenen; er hat sibi dari oportere intendirt, während er rem suam esse intendiren musste; der Dieb kann sich nicht auf den rein formalen Fehler des Bestohlenen berufen, so dass er pluribus actionibus tenetur. Es ist dieselbe Anschauung wie diejenige, welche die recuperatorische Natur der interd. retinendae possessionis hervorgerufen hat; auch hier hat, der Kläger ein dem Diebstahl verwandtes Unrecht die Entsetzung, erlitten, auch hier begeht er den Fehler, dass er eine falsche Klage, das int. uti possidetis, anstellt, aber der Fehler nützt dem Entsetzenden nichts, auch von ihm kann man die Gaianischen Worte sagen: pluribus actionibus tenetur.

Denken wir uns nun in den processualischen Vorgang bei der cond. furtiva hinein! Der Bestohlene erscheint in iure und erbittet sie sich. Hätte er hierbei dem Prätor berichtet, er sei bestohlen worden, so würde dieser ihm die Klage unbedingt denegirt haben; denn entweder ist der Bestohlene Eigenthümer oder er ist es nicht; im ersten Fall musste ihn der Prätor auffordern, zur rei vindicatio zu greifen, im zweiten Falle zur condictio possessionis (ein bestohlener Detentor hat überhaupt keine Klage auf Schadenersatz), die cond. rei (und das ist die cond. furtiva) musste er ihm denegiren. Denken wir uns den *allerersten* Fall, in welchem die cond. furtiva erbeten wurde, so musste die denegatio condictionis selbst dann erfolgen, wenn der Kläger behauptete, dass die gestohlene Sache beim Diebe durch Zufall untergangen sei; denn nicht die eigenthümlichen Grundsätze über Casus haben (nach dem Bericht von Gaius) die cond. furtiva zu Wege gebracht, sie haben sich erst *nach* Einführung der Klage entwickelt. Und als sie bereits entwickelt waren, so musste die denegatio condictionis jedenfalls dann erfolgen, wenn der Kläger eine solche Behauptung

nicht aufzustellen vermochte; der Prätor konnte nicht gestatten, dass aus purer Laune die technischen Processregeln verletzt wurden.

Allen diesen Schwierigkeiten entgehen wir nur durch die Annahme, dass die causa in iure bei Erbittung der Condictio nicht angeführt wurde. Erbat sich der bestohlene Eigenthümer eine abstracte Klage auf sibi dari oportere, so war die denegatio condictionis undenkbar, das Versehen des (rechtsungelehrten) Klägers ermöglicht. Der Fall lag ähnlich wie bei der heredis institutio ex re certa; die bestimmte juristisch technische Bedeutung, welche den Worten heres und dare zukam, war dem Gedächtniss des Volkes entschwunden; die rechtsungelehrte Menge legte ihnen untechnisch einen viel weiteren Sinn bei. Es ziemte sich, in solchen Fällen nachsichtig zu sein; geradezu geboten war die Nachsicht gegenüber dem Diebe; eine Abweisung des bestohlenen Eigenthümers aus rein formalen Gründen, auf Grund einer Differenz zwischen der juristisch technischen Wortbedeutung und dem sprachlichen Verständniss des Volkes wäre eine Verletzung des öffentlichen Rechtsgefühls gewesen. Und einer solchen Verletzung hätte sich der Geschworene (— denn dieser hatte die Entscheidung zu fällen —) schuldig machen sollen? Der Mann, der zwar unter dem Banne der Formel stand, sicherlich aber sie nicht mit der Ehrerbietung betrachtete wie ein Mitglied des Juristenstandes, hätte aus Respekt vor einem Worte ein materielles Unrecht begehen sollen?

Ich will übrigens nicht unterlassen, zu constatiren, dass meine Annahme auch äusserlich beglaubigt ist, einmal durch die Formel der cond. furtiva, die uns wörtlich überliefert ist, und in welcher sich keine Bezugnahme auf den Diebstahl findet; sodann durch die l. 13 § 2 D de iurei. 12, 2:

Julianus scribit eum qui iuravit, furtum se non fecisse, videri de toto iurasse, atque ideo neque furti neque condicticia tenetur ... Ceterum si contendat, qui condicit, quasi cum herede se furis agere, non debet repelli, et quasi *μονομέρης* condictio ei dari debet adversus furis heredem, nec pati eum iudex debet, si coeperit tentare, probare furem.

Der Sinn der Stelle ist klar; ich lege Gewicht auf die Schlussworte, wonach der Geschworene den vom Kläger angebotenen Beweis, dass der Verklagte der Dieb sei, zurückweisen soll; sie würden völlig überflüssig sein, wenn des Diebstahls in der Condictionsformel gedacht worden wäre; denn es hätte alsdann nicht bloss der Diebstahl schlechthin sondern auch der Thäter (der Erblasser des Verklagten) mit Namen erwähnt sein müssen, und der vom Kläger angebotene Beweis, der Verklagte sei der Dieb, wäre widersinnig und erfolglos gewesen; es hätte einer Ermahnung an den Geschworenen, den Beweis nicht zuzulassen, überhaupt nicht bedurft.

§. 4. Die Formel der Klage aus Darlehn, Indebitum, stipul. certa und Expensilation.

Ich wende mich jetzt zu Condictionen, von denen ich zwar nicht nachweisen kann, dass die Verschweigung der Causa in der Formel unbedingt nothwendig war, bei denen aber quellenmässig nachgewiesen werden kann, dass die Verschweigung stattgefunden hat. Ich meine die Condictio aus dem Darlehn, die cond. indebiti sowie die Condictio aus der stipulatio certa und aus der Expensilation.

I. Die Formel der Darlehnsklage ist sowohl als cond. certi wie als triticaria denkbar. Erhalten ist sie bei

> Gai. 3, 91: Is quoque, qui non debitum accepit ab eo, qui per errorem solvit, re obligatur, nam proinde ei condici potest: *si paret eum dare oportere* ac si mutuum accepisset.

Ebenso in Justinian's Institutionen III, 14, § 1, und auch nach Theophilus klagt der Darlehnsgläubiger *τοῖς αὐτοῖς χρώμενος ῥήμασιν* wie der, welcher ein Indebitum condicirt. Die Formel enthält keine Angabe der Causa; sie kann sie nicht enthalten haben, denn die Klage bei Indebitum und Darlehn wird ja für identisch erklärt; gerade daraus wird (worauf ich später bei II. eingehen werde) von Gaius und Justinian die sog. Quasicontractsobligation durch Empfang einer Nichtschuld abgeleitet; und gerade mit Bezug hierauf heisst es in

> l. 5 § 3 D. de obl. et act. 44, 7: is quoque qui non debitum accipit per errorem solventis, obligatur quidem quasi ex mutui datione et *eadem actione tenetur qua debitores creditoribus.*

Die eadem actio verlangt die Nichterwähnung der Causa. Aber wir haben noch ein anderes Zeugniss in der Rede Cicero's pro Roscio comoedo. Eine vollständige Erörterung des Processes zwischen Fannius und Roscius gehört nicht an diese Stelle; ich werde sie später geben (§ 11—§ 13); hier genügt es festzustellen, dass unstreitig in der von Fannius gewählten Klagformel keine Erwähnung der numeratio, stipulatio, expensilatio noch überhaupt irgend einer Causa geschehen war; unstreitig gilt als diese Klagformel die von Cicero cap. IV § 11 als Theil der condictio certi erwähnte Intentio:

> si paret HS IↃↃↃ dari . . .

Das ist dieselbe Formel wie sie bei Gaius und in den Institutionen als Darlehns- resp. Indebitum-Klagformel angegeben ist. Soviel Unklarheit und Streitfragen über den Process gegen Roscius herrschen: das geben alle Interpreten der Ciceronianischen Rede zu, dass die Formel gegen Roscius keine Causa enthielt. Diese Rede erbringt übrigens nicht bloss den Beweis hinsichtlich des Darlehns sondern auch hinsichtlich der Stipulation und der Expensilation; auf die Stipulation komme ich später unter III. zurück.

II. Die Stelle, in welcher die Formel der cond. indebiti überliefert wird, ist soeben unter I. abgedruckt worden. Dort ist auch bemerkt, dass auf die Identität der Formel der Darlehns- und der Indebitumklage die obligatio quasi ex contractu bei Zahlung einer Nichtschuld gestützt wird. Auf diesen Punkt will ich näher eingehen.

Noch in den Lehrbüchern von Puchta und Arndts werden der Quasicontract und das Quasidelict als Römische Entstehungsgründe der Obligationen hingestellt[1]). Viel vorsichtiger ist Windscheid, welcher lehrt, dass die hierher gehörigen Entstehungsgründe «entweder mehr nach der Seite der Rechtsgeschäfte oder mehr nach der Seite der Vergehen liegen»; aber auch er glaubt, dass der Begriff des Quasicontracts und Quasidelicts der Römischen Rechtswissenschaft angehört. Wäre dies der Fall, so würde es unerklärlich sein, dass Modestin eine Eintheilung der Entstehungsgründe der Obligationen aufstellt, welche Puchta eine sehr tumultuarische nennt:

l. 52 D. de obl. et act. 44, 7: obligamur aut re

[1]) Der Code Napoléon hat die Quasicontracte und Quasidelicte sogar gesetzlich zu Entstehungsgründen der Obligationen erhoben; siehe die Ueberschriften zu Titel 4 Cap. 1. 2. u. den Art. 1371.

aut verbis aut simul utroque aut consensu aut lege aut iure honorario aut necessitate aut ex peccato.

In der That ist die Viertheilung der Entstehungsgründe (Contracte, Quasicontracte, Delicte, Quasidelicte) nicht Römisch sondern Gaianisch; von Gaius hat sie Justinian in seine Institutionen übernommen. Gaius selbst ist seiner Sache nicht ganz sicher; denn in seinen Institutionen lehrt er:

III, 88: Nunc transeamus ad obligationes, quarum *summa* divisio in duas species diducitur: *omnis* enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto.

Und bald darauf, wo er den Empfang der Nichtschuld an das Darlehn anreiht, weiss er noch nichts von einer obligatio quasi ex contractu sondern er schreibt: *re obligatur.*

III, 91: is quoque qui non debitum accepit ab eo, qui per errorem solvit, *re obligatur;* nam proinde ei condici potest *„si paret eum dare oportere“*, ac si mutuum accepisset.

Erst in seinen Aurea trägt er die Theorie von der Viertheilung vor, aber auch hier durchaus schüchtern. An die Spitze der Aurea nämlich stellt er den Satz:

l. 1 pr. D. de obl. et act. 44, 7: obligationes aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio aut proprio quodam iure *ex variis causarum figuris.*

Die variae causarum figurae geht Gaius in l. 5 D. de obl. et act. 44, 7 durch; er rechnet dahin im pr. — § 3 die Fälle der heutigen sog. Quasicontracte, im § 4 — § 6 die Fälle der heutigen sog. Quasidelicte. Bei Darstellung der sog. Quasicontracte braucht er die Bezeichnung «quasi ex contractu» nur ein einziges Mal, nämlich bei der Tutel:

> § 1 l. c.: tutelae quoque iudicio qui tenentur, non proprie ex contractu obligati intelliguntur, nullum enim negotium inter tutorem et pupillum contrahitur; *sed quia sane non ex maleficio tenentur, quasi ex contractu teneri videntur.*

Die Begründung ist fast naiv zu nennen; folgt daraus, dass der Tutor weder ex contractu noch ex maleficio haftet, seine Haftung quasi ex contractu? Bei den übrigen Fällen der heutigen Quasicontracte braucht Gaius den Ausdruck quasi ex contractu nicht; sowohl bei der negotiorum gestio als bei dem Empfang einer Nichtschuld begnügt er sich auszuführen, dass weder Contract noch Delict vorliegt. — Bei der Darstellung der drei Fälle von sog. Quasidelictsobligationen bedient sich Gaius regelmässig der Worte «quasi ex maleficio teneri», allein zwei Mal bemerkt er: utique peccasse aliquid intelligitur, aliquatenus culpae reus est.

Zu voller Ausbildung gelangt die Lehre von der Viertheilung erst durch Justinian in seinen Institutionen. Er erklärt sofort beim Beginn der Darstellung der Obligationen:

> § 2 I. de obl. 3, 13: sequens divisio in quatuor species deducitur: aut enim ex contractu sunt aut quasi ex contractu aut ex maleficio aut quasi ex maleficio.

Demgemäss trägt der 27. Titel des 3. Buchs und der 5. Titel des 4. Buchs die Ueberschrift: de obligationibus quasi ex contractu und de obligationibus quae quasi ex delicto nascuntur; in beiden Titeln finden sich die Fälle wieder, welche Gaius aufzählt, bei den Quasicontracten vermehrt um die sog. zufällige Gemeinschaft; in beiden Titeln kehrt auch die Argumentation von Gaius wieder, namentlich bei den Quasicontracten die naive Anschauung:

. . . non proprie quidem ex contractu nasci intelliguntur, sed tamen quia non ex maleficio substantiam capiunt, quasi ex contractu nasci videntur.

Ich würde nun die Sonderstellung von Gaius und Justinian nicht hervorheben, wenn ich nicht zugleich die von ihnen vertretene Meinung für eine verwerfliche hielte. Man vergesse nicht, dass wir uns in der Materie von den *Entstehungsgründen* der Obligationen befinden; es wird die Frage aufgeworfen, wie es zu erklären sei, dass Jemand verpflichtet werde; die Kategorien des Contracts und Delicts geben hierauf eine klare Antwort, denn der Wille und die verschuldete That sind einleuchtend genügende Rechtfertigungen der Verpflichtung; dahingegen bleiben die Kategorien des Quasicontracts und des Quasidelicts die Antwort schuldig; denn wenn eine Handlung als dem Contract resp. dem Delict ähnlich hingestellt wird, so liegt hierin keine *Erkenntniss* des Entstehungsgrundes, wir erhalten keine Fassung eines Begriffs sondern eine Beschreibung von Eigenschaften.

Um so dringender wird die Frage: wie ist Gaius (welcher dem Justinian als Vorbild gedient hat) zu seiner verwerflichen Meinung gekommen? Bei den Quasidelicten erklärt er, wie schon oben bemerkt, zwei Mal, dass der Quasidelinquent eine gewisse Schuld auf sich geladen hat (aliquid peccasse videtur, aliquatenus culpae reus est). Bei den Quasicontracten giebt er überhaupt keine Begründung ausser in dem Falle des Empfangs einer Nichtschuld; von ihr sagt er:

l. 5 § 3 D. de obl. 44, 7: . . . obligatur quidem quasi ex mutui datione et *eadem actione tenetur, qua debitores creditoribus* . . .

Justinian dreht hier die Argumentation um:

§ 6 I. de obl. quasi ex contr. 3, 27: . . . sed

> tamen perinde is qui accepit obligatur, ac si mutuum illi daretur, *et ideo condictione tenetur.*

Justinian stellt die Klage (die condictio) als *Folge* davon hin, dass der Empfang der Nichtschuld dem Darlehn gleicht. Nehmen wir aber die bei Gaius III, 91 und bei Justinian im § 1 I. qu. modis re contr. obl. 3, 14 gleichlautende Begründung:

> Is quoque qui non debitum accepit ab eo qui per errorem solvit re obligatur[2]), nam proinde ei condici potest „*si paret eum dare oportere*“ ac si mutuum accepisset . . .

so ergiebt sich, dass nicht der Quasicontract die identische Klage sondern die identische Klage die Anschauung vom Quasicontract hervorrief; mit anderen Worten: gerade deshalb weil der Zahlende einer Nichtschuld ganz dieselbe Klage hatte wie der Darlehnsgläubiger, griff Gaius zu der obl. quasi ex mutui datione. Da nun die Darlehnsformel, wie unter I. bewiesen wurde, keiner Causa gedenkt, so kann dies auch nicht in der Formel der cond. indebiti geschehen sein. Zur Bestätigung dient die Streitfrage, von welcher Gaius und Justinian a. a. O. berichten: soll gegen einen Pupillen oder eine Frau, welche ohne tutoris auctoritas eine Nichtschuld empfangen haben, die Condictio ebenso unzulässig sein, wie wenn sie ein Darlehn aufgenommen haben? Einige Römische Juristen behaupteten dies, Gaius und Justinian treten ihnen entgegen, indem sie die grundverschiedene Natur der Zahlung eines Indebitum und der Darlehnshingabe hervorheben; ihre Gegner aber konnten offenbar keinen anderen Grund für ihre Meinung anführen, als dass die Formel der

---

[2]) Justinian schiebt hier ein: . . . daturque agenti contra eum propter repetitionem condicticia actio.

Condictio bei Rückforderung eines Darlehns und eines Indebitum völlig gleichlautend sind.

III. Die Condictio aus der stipulatio certa. Die Formel derselben ist uns nicht ganz direkt überliefert; nichtsdestoweniger ist der Nachweis zu führen, dass sie die Causa nicht enthalten hat. Es folgt dies für die Zeit der untergehenden Republik aus der Rede Ciceros für Roscius; Cicero untersucht, auf welchen Rechtsgrund der Kläger Fannius die angestellte cond. certi stützen könne; er hält drei Causae für möglich: adnumeratio, stipulatio, expensilatio; unstreitig ergiebt sich hieraus, dass keine dieser drei Causae in der Formel gestanden hat. Für die Zeit der classischen Jurisprudenz lehrt das Gleiche die

> l. 93 pr. D. de solut. 46, 3: Si duo sint rei stipulandi et alter alterum heredem scripserit, videndum, an confundatur obligatio? Placet non confundi. Quo bonum est hoc dicere? Quod si intendat *dari sibi oportere* vel ideo dari oportet ipsi quod heres exstitit, vel ideo quod proprio nomine ei deberetur. Atquin magna est huius rei differentia; nam si alter ex reis pacti conventi temporali exceptione summoveri poterit, intererit, is qui heres exstitit utrumne suo nomine an hereditario nomine experiatur, ut ita possis animadvertere, exceptioni locus sit necne.

Vielleicht wird Jemand der Meinung sein, dass die Stelle die Frage behandelt, wie in dem vom Juristen behandelten Falle die Intentio der Formel aus stipulatio certa gefasst werden solle; dass also der Jurist die Vorgänge in iure vor dem Magistrat erörtert; dann müssten die Worte quodsi intendat folgendermassen übersetzt werden: «wenn der Kläger eine Formel mit der Intentio verlangt». Allein ganz abgesehen davon, dass diese Uebersetzung eine erzwungene wäre,

so widersprechen ihr die folgenden Worte: «vel ideo *dari* oportet ipsi», denn diese setzen eine *bereits fertige* Intentio voraus. Es handelt sich also in der Stelle um Vorgänge in iudicio vor den Geschworenen; sie lehrt zweierlei: einmal dass die Intentio der Formel auf dari sibi oportere gerichtet war, und sodann dass die Intentio keine Gewissheit über die vom Kläger gewählte Stellung giebt sondern Zweifel zurücklässt; in Folge dessen kommt es auf das *fernere* Verhalten des Klägers an (daher das Futurum *intererit*); in seiner Hand liegt es, vor den Geschworenen als (wenn das Wort gestattet ist) originärer Gläubiger oder als Erbe aufzutreten, und je nach seinen Erklärungen ist die exc. pacti durchgreifend oder unzulässig.

Wie muss man sich nun die Formel beschaffen denken, um die Zweifelhaftigkeit derselben zu erklären? Sicherlich kann sie keine demonstratio gehabt haben; denn in einer solchen würde die Person des Contrahenten genau bezeichnet worden sein; wenn der Kläger suo nomine aufgetreten wäre, so hätte die Demonstratio gelautet:

Quod AA^{us} a N^{o} N^{o} rem stipulatus est

wenn als Erbe, so hätte sie gelautet:

Quod L Titius, cui AA^{us} heres exstitit, a N^{o} N^{o} stipulatus est ...

Anlass zu Zweifeln wäre weder bei der einen noch bei der anderen Fassung, und die Anwendbarkeit der exc. pacti hinge nicht vom Belieben des Klägers ab. Prüfen wir nunmehr die Intentio; sie ist in vierfacher Fassung denkbar:

Si paret NN^{um} AA^{o} rem dare oportere ...

Si paret NN^{um} AA^{o} rem *ex stipulatu* (ex sponsione) dare oportere ...

Si paret NN^{um} AA^{o} rem *ex stipulatu* AA^{i} dare oportere ...

Si paret NN^{um} AA^{o} rem *ex stipulatu L. Titii, cui AA^{us} heres exstitit,* dare oportere.

Dass die dritte und vierte Fassung nicht den geringsten Anlass zu Zweifel geben, liegt auf der Hand; aber auch von der zweiten Fassung gilt das Gleiche, denn Jedermann wird aus ihr entnehmen, dass die der Klage zu Grunde liegende Stipulation ein Rechtsgeschäft ist, welches zwischen den beiden Parteien *direkt* abgeschlossen wurde; die Möglichkeit, dass die Stipulation von dem Erblasser, dem Stellvertreter einer Partei eingegangen worden, muss man deshalb zurückweisen, weil die Worte ex stipulatu (ex sponsione) ohne allen weiteren Zusatz gelassen sind und demgemäss vernünftigerweise nur auf die beiden unmittelbar vorher genannten Personen bezogen werden können; auch bei dieser zweiten Fassung sehe ich durchaus keine Dunkelheit, keine Doppelbedeutung der Formel. Diese entsteht erst bei der ersten Fassung, und sie ist die einer abstracten Formel, wie ich sie bei allen Condictionen behaupte.

IV. So mag es denn jetzt verstattet sein, Formelüberreste anzuführen, bei denen die bisher beobachtete *zwingende* Beweisführung nicht möglich ist, die aber nichtsdestoweniger als Zeugnisse benutzt werden können. Es sind Ueberreste, welche gelegentlich angeführt wurden; die Thatsache, dass die Causa in ihnen fehlt, wird vielleicht deshalb in Zweifel gezogen werden, weil es sich nur um gelegentliche Anführung handelt, und weil es möglich ist, dass die Causa als nicht zur Sache gehörig bei Seite gelassen worden ist. Mir scheint es gegenüber der bisherigen Beweisführung unzulässig, solche Zweifel zu erheben. — Die Formelreste selbst sind folgende:

Gai. 4, 41: Intentio est ea pars formulae, qua actor desiderium suum concludit, velut haec pars

formulae: *si paret NN*^{um} *AA*^{o} *sestertium X milia dare oportere* ...

Gai. 4, 33: Nulla autem formula ad condictionis fictionem exprimitur; sive enim pecuniam sive rem aliquam certam debitam nobis petamus, *eam ipsam dari nobis oportere* intendimus ...

Von dieser Stelle wird in § 16 ausführlicher die Rede sein; vorläufig nur die Bemerkung, dass die Worte debitam nobis nicht etwa im Hinblick auf die Causa geschrieben sind; vielmehr sollen sie ausdrücken, dass es sich um eine *persönliche* Klage handelt, nicht um eine dingliche, was aus dem Wort petamus nicht entnommen werden kann.

Gai. 4, 86: qui autem alieno nomine agit, intentionem quidem ex persona domini sumit, condemnationem autem in suam personam convertit; nam si verbi gratia L. Titius pro P. Mevio agat, ita formula concipitur: *si paret NN*^{um} *P. Mevio sestertium X milia dare oportere, iudex NN*^{um} *L. Titio sestertium X milia condemna, si non paret, absolve.*

Die Stelle bedarf keiner Erklärung; sie findet sich fast wörtlich in der Paraphrase von Theophilus IV. 10 § 2, auch bei ihm fehlt die Causa; er macht noch den bemerkenswerthen Zusatz:

καὶ τὴν μὲν ἰντεντζίωνα ἤτοι τὴν ἀρχὴν τῆς ἐναγωγῆς λαμβάνει ἀπὸ τοῦ δεσπότου ... (et intentionem quidem *sive initium actionis* ex persona domini sumit),

d. h. Theophilus bezeichnet die Intentio als den Anfang der Formel, eine Demonstratio erklärt er bei der Intentio auf dare oportere als unzulässig.

l. 14 D. de iure iur. 12, 2: Quoties propter rem iuratur, nec parenti nec patrono remittitur iusiurandum; propter rem autem iusiurandum exi-

gitur veluti de pecunia credita, cum iurat actor *sibi dari oportere*, vel reus *se dare non oportere*.

Es handelt sich hier zwar nicht um die Formel der Actio sondern um die des Eides, es ist aber bekannt, dass die Eidesformel sich eng an die Intentio der Formel der Actio anschloss[3]).

l. 2 § 7 D. de eo quod certo loco 13, 4: Idem Julianus tractat, an is, qui Ephesi sibi aut Titio dari stipulatus est, si alibi Titio solvatur, nihilominus possit intendere, *sibi dari oportere?*

l. 19 D. de serv. pr. rust. 8, 3 ... sed si omnes (socii) stipulentur sive communis servus, singuli ex sociis *sibi dari oportere* petere possunt ...

l. 75 § 8 D. de v. o. 45, 1: Qui illud aut illud stipulatur (veluti decem vel hominem Stichum), utrum certum an incertum deducat in obligationem, non immerito quaeritur, nam et res certae designantur, et utra earum potius praestanda sit, in incerto est. Sed utcunque is, qui sibi electionem constituit his verbis: utrum ego velim, potest videri certum stipulatus, quum ei liceat vel hominem tantum vel decem tantum intendere *sibi dari oportere* ...

l. 103 eod.: Liber homo in stipulatum deduci non potest, qui nec *dari oportere* intendi ... potest ...

l. 42 § 1 D. de r. cr. 12, 1: Labeo ait, quum decem *curari* stipulatus sis, ideo non posse te *decem dari oportere* intendere, quia etiam reum locupletiorem dando promissor liberari possit..., cf. l. 75 § 8 D. de v. o. 45, 1.

§ 33 I. de act. 4, 6...: qua de causa talis iure prodita est actio, ut quis intendat, *hominem Stichum*

---

[3]) Asverus, Denunciation S. 65 f.; Heimbach, Creditum S. 555.

aut aureos decem sibi dari oportere, id est ut eodem modo peteret, quo stipulatus est.

§ 33 cit. ... si is, qui ita stipulatus fuerit, Ephesi dari spondes? Romae pure intendat: *sibi dari oportere* ...

l. 15 D. de cond. causa data 12, 4: Quum servus tuus in suspicionem furti Attio venisset, dedisti eum in quaestionem sub ea causa ut, si id repertum in eo non esset, redderetur tibi; is eum tradidit praefecto vigilum quasi in facinore deprehensum; praefectus vigilum eum summo supplicio affecit. Ages cum Attio, *dare eum tibi oportere,* quia et ante mortem dare tibi eum oportuerit ... Sed Proculus *dari oportere* ita ait, si fecisses eius hominem ...

§ 5. Die Eintheilung der Condictio nach dem Klagegrunde.

Ist die Condictio eine abstracte Klage, so folgt daraus, wenn man ihre Eintheilungsgründe in's Auge fasst, dass dieselben nicht dem materiellen Recht sondern nur dem Processrecht entnommen werden können. Bestimmter und deutlicher gesprochen ergeben sich zwei Sätze:

1. Die Eintheilung nach dem Klagegrunde in condictio mutui, ex stipulatu, ex literis, ex testamento, indebiti, causa data causa non secuta, ex iniusta causa, ob turpem causam, sine causa, furtiva, ex lege gehört nicht dem classischen Recht an; sie ist zum Theil von Justinian aufgestellt, zum Theil noch später: erst bei Theophilus und in den Scholien zu den Basiliken

findet sich die cond. mutui, hingegen die cond. ex stipulatu und ex testamento ist selbst diesen fremd.

2. Die classische Jurisprudenz hat bloss die Eintheilung nach dem Object in cond. certi, triticaria und incerti; diese allein kam in der Formel zum Ausdruck, und war für die Thätigkeit des Geschworenen massgebend.

Ich wende mich zur Begründung des ersten Satzes. Dabei gestatte ich mir eine Trennung der Beweisführung; ich behandle zuerst die Condictio aus Rechtsgeschäften, sodann die Bereicherungscondictio (§§ 5. 6), endlich die cond. ex lege (§ 7).

I. Bezüglich der Rechtsgeschäfte ist der Beweis sehr leicht; die Justinianische Compilation und die uns erhaltenen vorjustinianischen Rechtsquellen kennen den Ausdruck condictio ex mutuo, stipulatu u. s. w. nicht; sie brauchen unzählige Mal das *Zeitwort* condicere unter Beifügung der Causa (condicam ex stipulatu u. dgl.), allein zwischen diesem Ausdruck und dem *Substantiv* condictio mit beigesetzter Causa ist ein grosser Unterschied; während das Substantiv entschieden das Gepräge des Kunstausdrucks an sich tragen würde, besagt das Zeitwort bloss die Causa, auf welche der Condicent vor dem Geschworenen sich stützen muss, und ohne welche er selbstverständlich den Process nicht gewinnen kann. Ich kann mich hier um so kürzer fassen, als die bisher herrschende Meinung den Schluss aus dem Zeitwort auf das Substantiv nicht gemacht hat, meine obige Behauptung also voraussichtlich keinen Widerspruch erfahren wird. Savigny selbst hat es auf das Bestimmteste ausgesprochen (No. XLII seiner Condictionenabhandlung), dass weder condictio ex mutuo noch ex stipulatu in den Quellen vorkommt; dass er daran Anstoss nahm, geht daraus hervor, dass er es zu rechtfertigen suchte; freilich ist

ihm dies nicht gelungen. «Die *certi* condictio (schreibt er) war von so eigenthümlicher Natur und Wichtigkeit, dass man da, wo sie begründet war, meist (?) nur diesen Namen zu gebrauchen pflegte, ohne daneben den Entstehungsgrund auszudrücken.» Man wird zugeben, dass hierin kein folgerichtiger Schluss enthalten ist. «Wo aber (fährt Savigny fort) nicht sie sondern eine Condiction der zweiten (auf alia certa res) oder dritten (auf incertum) Classe Statt fand, da war die Bezeichnung des Entstehungsgrundes (cond. indebiti, sine causa, ex causa furtiva u. s. w.) üblicher.» Diesen Worten halte ich vorläufig nur Einen Umstand entgegen, nämlich dass man doch auch eine bestimmte Geldsumme (certum) mit den Bereicherungsklagen einfordern durfte, und dass Savigny sich also mit seinem ersten Satz im Widerspruch befindet. «Nach dieser Analogie (so schliesst Savigny) hätte man also auch von einer condictio ex stipulatu sprechen können, es ist aber üblich geworden, dafür den Namen *actio* ex stipulatu zu gebrauchen, vielleicht aus keinem anderen Grunde, als um hier die Unterscheidung von der *certi* condictio ex stipulatu schon durch den Ausdruck schärfer zu bezeichnen.» Eine sonderbare Beweisführung! Die certi condictio ist bei bestimmten Geldforderungen zulässig; um nun eine Klage mit andersgeartetem Objekt anzudeuten, habe man nicht einen entsprechenden Zusatz (etwa triticaria, incerti) gemacht, sondern die Klagebezeichnung condictio in actio verwandelt; warum sagte man nicht incerti (triticaria) condictio ex stipulatu, zumal der Ausdruck incerti condictio unzählige Male vorkommt?

Ich finde den Ausdruck condictio in Verbindung mit dem Rechtsgeschäft zuerst bei Theophilus[1]); aber

[1]) Paraphr. III, 15 § 1; III, 16 pr.; II, 20 § 2.

auch bei ihm nur als condictio mutui, nicht als cond. ex stipulatu, auch nicht als cond. ex testamento. Der Grund ist offenbar folgender. Bei der Stipulation geben die Institutionen als Klage für die certa die condictio certi, für die incerta die act. ex stipulatu an; dieser vom Gesetzbuch ausdrücklich statuirte Gegensatz liess es nicht zu, dass Theophilus die cond. certi mit einer cond. ex stipulatu vertauschte. Für das Legat führen alle Quellen des classischen Rechts die act. ex testamento als Klage an; diese konnte von Theophilus nicht durch eine condictio ersetzt werden. Dahingegen nannten die Institutionen III, 15 pr. § 1 die Darlehnsklage und die Rückforderungsklage bei Indebitum eine condictio, condicticia actio; diese zu scheiden, fühlt Theophilus Bedürfniss, und er nennt sie *δανειακὸς κονδικτίκιος* und *ἰνδέβιτος κονδικτίκιος*, cond. mutui und cond. indebiti. — Dies ist der Sprachgebrauch der Basilikenscholiasten; auch bei ihnen stösst man auf eine cond. mutui, nicht aber auf eine cond. ex stipulatu noch ex testamento [2]). Erst die Romanistische Jurisprudenz des Mittelalters resp. unserer Zeit hat diese Kunstausdrücke erfunden.

II. Was die sog. Bereicherungscondictionen anbetrifft, so hat bereits Voigt [3]) ausgesprochen, dass «das prätorische Edict weder specielle normative Vorschriften noch eigene Klagformeln, vielmehr die diesfalsigen Abschnitte in Justinian's Digesten XII, 4—7, XIII, 1 und Codex IV, 5—9 ebenso Digesten XIII, 2 und Codex IV, 9 bezüglich der cond. ex lege eine von Tribonian herrührende systematische Anord-

---

[2]) Vgl. die beiden Scholien von Stephanus (13. 15) bei Heimbach II, 598; zum letzteren Scholion ist zu bemerken, dass der männliche Artikel die Condictio (*ὁ κονδικτίκιος*), der weibliche die Actio (*ἡ ἀγωγή*) anzeigt.

[3]) Cond. ab causam S. 286—288.

nung enthalten.» Seine Beweisführung ist folgende. Alle früheren auf das Edictssystem gestützten Werke, nämlich Paulus' sententiae receptae, der Codex Gregorianus und Theodosianus enthalten keine besonderen Abschnitte über die Bereicherungscondictionen, und dieser Umstand kann nicht aus einem Mangel des bezüglichen Stoffes erklärt werden; ferner lassen auch einzelne Ediktscommentare, nämlich Paulus lib. 28[4]) und Gaius lib. 9 durchaus keine Spur erkennen, dass in ihnen von den Bereicherungscondictionen ex professo gehandelt worden sei, und dieser Umstand kann nicht daraus erklärt werden, dass Tribonian den desfalsigen Stoff jener Werke einfach übergangen habe; endlich aber ist das System, welches die Justinianische Compilation bietet, den Pandectenjuristen selbst fremd.

Von den drei Voigt'schen Argumenten sind die beiden ersten gewiss nicht gering anzuschlagen; das bedeutendste aber ist offenbar das dritte; dieses allein bedarf einer näheren Darlegung. Und hiebei werde ich in scharfen Gegensatz zu Voigt treten; denn wenn derselbe auch dem prätorischen Edict eine Systematisirung der Bereicherungscondictionen abspricht, so findet er doch eine solche in den Schriften der classischen Juristen; mir scheinen die classischen Juristen von der Systematisirung weit entfernt[5]); einzelne von ihnen machten zwar Versuche, die in der Praxis häu-

[4]) Denn l. 27 D. de cond. ind. 12, 6, die aus dem l. 28 des Paulinischen Edictscommentars stammt, handelt nicht von einer Bereicherungscondiction, sondern von der actio de eo quod certo loco.

[5]) Aehnlich Windscheid § 424 Note 1, welcher sich dahin äussert, dass in der classischen Jurisprudenz sich kein festes und zur allgemeinen Anerkennung gelangtes System finde. Bekker bemerkt, dass das aus den Titelrubriken in den Pandekten sich ergebende Condictionsschema zu Paulus' Zeit keine canonische Geltung hatte (Aktionen 1, 122).

figsten Fälle der Bereicherung zusammenzustellen; aber die Aufzählung von Fällen ist von einer Systematik so weit verschieden wie der Steinhaufen von einem Gebäude, wie ein Bücherladen von einer Bibliothek. Es fehlt jenen Versuchen das das Einzelne ordnende und zu einem Ganzen zusammenfügende geistige Band; ist die Systematik niemals die Stärke der classischen Juristen gewesen, so haben sie uns in der Bereicherungsmaterie Aussprüche hinterlassen, welche unerklärlich wären, wenn sie eine Systematik besessen hätten, umgekehrt aber deshalb zu begreifen und entschuldigen sind, weil für eine abstracte Klage die Systematik der Klagegründe gleichgiltig ist. Man nehme nur folgende Stellen:

1. Das fr. Vat. § 266 lautet wie folgt:

(Ulpianus). Indebitum solutum accipimus non solum, si omnino non debebatur sed et si per aliquam exceptionem peti non poterat, id est perpetuam exceptionem; quare hoc quoque repeti poterit, si quis perpetua exceptione tutus erit; unde si quis contra legem Cinciam obligatus non excepto solverit, debuit dici repetere eum posse, nam semper exceptione Cinciae uti potuit . . . .

Es handelt sich um einen Fall des obligari *contra* legem Cinciam, wie Ulpian sagt; daraus folgt, dass nicht die *Form*vorschriften der Lex vernachlässigt sondern die *Mass*vorschriften derselben verletzt sind; es ist sonach klar, dass nur die sog. condictio ex iniusta causa gebraucht werden könnte, denn die donatio immodica war an personae non exceptae verboten[6]); nichtsdestoweniger argumentirt Ulpian mit den Vorschriften über das indebitum solutum. Aber selbst

---

[6]) Vgl. das capere liceto in Vat. fr. § 298, das non prohibetur in l. 24 D. de don. 39, 5.

wenn wir die Formvorschriften als vernachlässigt denken, so wäre dennoch die cond. indebiti unzulässig, da es an dem Erforderniss des Irrthums fehlt. Wäre nun in der Formel der cond. indebiti des Indebitum als Causa gedacht worden, so würde der der Ulpianischen Meinung folgende Kläger entschieden den Process verloren haben; von Flüchtigkeit ist Ulpian nicht freizusprechen, aber sie wird dadurch entschuldigt, dass der Causa in der Formel nicht gedacht wurde, mithin es ganz gleichgiltig war, ob er die anzustellende Condictio auf das Indebitum oder auf die iniusta causa begründete. Vorsichtiger war Gaius, welcher bei Gelegenheit der Schenkung unter Ehegatten den allgemeinen Begriff der non concessa donatio behandelt:

> l. 6 D. de don. i. v. et u. 24, 1: quod ex non concessa donatione retinetur, id aut sine causa aut ex iniusta causa retineri intelligitur, ex quibus causis condictio nasci solet.

Mir scheint, dass Gaius unter die non concessa donatio die Schenkung unter Ehegatten und die gegen die l. Cincia subsumirt; ersterenfalls ist wegen der Nichtigkeit der Schenkung das Haben ohne allen Grund, letzterenfalls ist es wegen des Verbotes auf einen gesetzwidrigen Grund gestützt [7].

2. Die l. 65 § 3 D. de cond. ind. 12, 6 lautet:

> (Paulus). Sed agere per condictionem propter conditionem legati sive hereditatis, sive non sit mihi legatum sive ademtum legatum, possum, ut repetam quod dedi; quoniam non contrahendi

[7] Savigny (System 4, 176 f.) und Reinhard (Arch. f. civil. Praxis 29, 243) subsumiren auch die Schenkung unter die Ehegatten unter die iniusta causa; ich glaube nicht, dass dies mit der Wortfassung des Gaius (zuerst aut—aut, sodann der Plural ex quibus causis) vereinbar ist; Reinhard (a. a. O. S. 247) ist genöthigt, dies anzuerkennen.

animo dederim, quia causa, propter quam dedi, non est secuta.

Der Fall der Lex ist folgender. Es ist Jemand der Meinung, dass ihm ein Legat hinterlassen worden ist unter der Bedingung einem Dritten etwas zu geben; conditionis implendae causa giebt er das Auferlegte dem Dritten; hierauf stellt sich heraus, dass ihm überhaupt nicht legirt oder dass das Legat ihm wieder genommen worden ist. Paulus giebt ihm die sog. cond. causa data causa non secuta, wahrscheinlich in der Erwägung, dass er gegeben habe, um das Legat erwerben zu können, und dass dieser Erwerb nicht eingetreten sei. Ganz derselben Meinung ist Hermogenian für den Fall, dass nach der Zahlung des implendae conditionis causa Auferlegten das Testament sich gefälscht erweist:

> l. 2 D. de cond. c. d. c. n. s. 12, 4: ... sed et si falsum testamentum sine scelere eius qui dedit vel inofficiosum pronuntietur, veluti causa non secuta decem repetentur.

Bei dieser Beurtheilung des Rechtsfalles ist übersehen, dass die Hingabe auf Grund eines nichtigen (nicht vorhandenen Geschäfts) geschah. Dieser Gesichtspunkt ist von solcher Kraft, dass er alle anderen absorbiren muss; das spricht Papinian aus:

> l. 5 D. de cond. sine causa 12, 7: Avunculo nuptura pecuniam in dotem dedit neque nupsit; an eandem repetere possit, quaesitum est. Dixi, quum ob turpem causam dantis et accipientis pecunia numeretur, cessare condictionem, et in delicto pari potiorem esse possessorem; quam rationem fortassis aliquem secutum respondere, non habituram mulierem condictionem. Sed recte defendi, non tam turpem causam quam nullam fuisse, *quum pecunia quae daretur in dotem converti nequiret;*

non enim stupri sed matrimonii gratia datam esse. § 1. Noverca privigno, nurus socero pecuniam dotis nomine dedit neque nupsit; cessare condictio prima facie videtur, quoniam iure gentium incestum committitur, atqui vel magis in ea specie nulla causa dotis dandae fuit; condictio igitur competit.

Wenn er es auch nicht hervorhebt, so geht doch nach der Beschaffenheit der Fälle Papinian davon aus, dass beide Theile das Verwandtschafts- resp. Schwägerschaftsverhältniss kannten; er spricht ferner mit keinem Worte davon, dass etwa der Rechtsirrthum dem Weibe verziehen werden müsse, er konnte dies auch nicht, da es sich im Fall des § 1 um einen sog. incestus iuris *gentium* handelt. Trotz alledem lässt er den Gesichtspunkt der Rechtswidrigkeit nicht einen Augenblick aufkommen; er weist ihn sofort zurück: denn die Rechtswidrigkeit war eine unmögliche, es konnte das Hingegebene niemals zur Dos werden (quum pecunia quae daretur in dotem converti nequiret), und es greift hier wie sonst die Regel durch: plus est in re quam in existimatione mentis, substantia potius intuenda quam opinio[10]); d. h. mochten auch die Handelnden eine Rechtswidrigkeit beabsichtigen: das Rechtsgesetz machte eine solche unmöglich; daher giebt er dem Weibe eine Condictio, welche nach der Justinianischen Eintheilung die cond. sine causa ist. Ganz dieselbe Argumentation passt auf den Fall des Paulus; die Zahlung des condictionis implendae causa Auferlegten war von Anfang an ohne Causa, das bedingte Legat war irrthümlich vorausgesetzt, *der Erwerb des Legats war trotz der Zahlung unmöglich*, wie in dem Papinianischen Falle die Conversion des Gezahlten in

---

10) l. 2 § 2 D. pro emt. 41, 4.

eine Dos unmöglich war; die Condictio auf dem Grunde der causa non secuta war in Paulus' Fall schlechthin unzulässig, er musste dem Zahlenden (nach Justinianischer Redeweise) die cond. sine causa zusprechen.

3. Die l. 5 C. de cond. ob caus. dat. 4, 6 lautet:

> (Diocletianus et Maximianus). Si militem ad negotium tuum procuratorem fecisti, quum hoc legibus interdictum sit, ac propter hoc pecuniam ei numerasti, quicquid ob causam datum est causa non secuta restitui tibi, competens iudex curae habebit.

Der Anfragende hat mit dem Soldaten ein dem letzteren verbotenes Geschäft abgeschlossen, und hat ihm in Folge dessen Geld gezahlt. Wenn irgendwo, so müsste doch hier die sog. cond. ob iniustam causam anwendbar sein; der Fall liegt gerade so wie der in

> l. 7 D. de cond. ob iniustam causam 12, 5: ex ea stipulatione, quae per vim extorta esset, si pecunia esset exacta, repetitionem esse constat.

Hier die erzwungene Stipulation, dort das verbotene Mandat, bei beiden hierauf Zahlung; und nunmehr soll in dem Fall der Stipulation (nach Justinian) die cond. ob iniustam causam stattfinden, während in dem Mandatsfall die cond. causa non secuta gelten soll. Hier liegt ein Denkfehler vor, und dieser wird lediglich dadurch begreiflich und entschuldbar, dass die Anstellung der einen oder anderen Klage gleichgiltig ist, denn ihre Unterschiede treten in classischer Zeit erst im Verfahren vor dem Geschworenen auf.

Die obigen Entscheidungen sollten den Beweis liefern, dass die classischen Juristen keine Sicherheit besassen, wenn es sich um Zurückführung der einzelnen Thatbestände auf die einzelnen bei uns üblichen technischen Bereicherungsgründe handelt. Treten wir jetzt in die Erörterung darüber ein, ob sich bei ihnen wirk-

lich eine Systematik der Bereicherungsgründe findet. Es gehören hierher die l. 65 D. de cond. ind. 12, 6 u. l. 1 D. de cond. ob turp. vel ini. caus. 12, 5 von Paulus, die l. 1 D. de cond. sine causa 12, 7 von Ulpian, und die l. 52 D. de cond. ind. 12, 6 von Pomponius.

Ich beginne mit derjenigen Eintheilung, welche die *lückenhafteste* ist; sie wird aufgestellt von Pomponius und Paulus, und sie soll darauf beruhen, dass die Leistung, aus welcher die Bereicherung hervorgeht, entweder ein dare ob rem oder ob causam ist:

> l. 52 cit. von Pomponius: Damus aut ob causam aut ob rem; ob causam praeteritam, veluti quum ideo do, quod aliquid a te consecutus sum, vel quia aliquid a te factum est, ut, etiamsi falsa causa sit, repetitio eius pecuniae non sit; ob rem vero datur, ut aliquid sequatur, quo non sequente repetitio competit.
>
> l. 1 cit. von Paulus: Omne quod datur aut ob rem datur aut ob causam; et ob rem aut turpem aut honestam; turpem autem, aut ut dantis sit turpitudo, non accipientis; aut ut accipientis duntaxat, non etiam dantis, aut utriusque. § 1. Ob rem igitur honestam datum ita repeti potest, si res propter quam datum est secuta non est. § 2. Quodsi turpis causa accipientis fuerit, etiamsi res secuta sit, repeti potest.

Zu dieser Stelle von Paulus muss eine andere hinzugefügt werden, in welcher er sich über das (in l. 1 cit. von den Compilatoren nicht aufgenommene) datum ob causam ausspricht; es ist

> l. 65 § 2 D. de cond. ind. 12, 6: Id quoque, quod ob causam datur, puta quod negotia mea adiuta ab eo putavi, licet non sit factum, quia donare volui, quamvis falso mihi persuaserim, repeti non posse.

Beide Juristen fassen bei dem dare ob causam die causa nicht als Voraussetzung sondern als blosses Motiv[9]), und gelangen deshalb, da das blosse Motiv juristisch keinen Anfechtungsgrund abgiebt, zur Verweigerung der Condictio; den Fall, in welchem die Causa als Voraussetzung (Bestimmungsgrund) erscheint (z. B. bei dem dare solvendi causa) übergehen sie völlig; auch von Paulus müssen wir dies annehmen, trotzdem die l. 1 cit. von seiner Auffassung der causa nichts enthält; denn in der später zu erörternden l. 65 D. de cond. ind. 12, 6 trennt er das dare ob causam von dem dare indebitum. Streicht man nun das dare ob causam, so bleibt von der ganzen Eintheilung des Pomponius und Paulus bloss das dare ob rem, mit der Unterabtheilung des ob rem turpem und ob rem honestam. Mit anderen Worten: die Argumentation der beiden Juristen führt bloss zu der sog. condictio ob turpem causam und causa data causa non secuta; das verdient aber nicht die Bezeichnung einer Systematik der Bereicherungsklagen.

In seinem Commentar zum Plautius versucht Paulus eine neue Eintheilung, und zwar verspricht er, eine allumfassende zu geben: ut generaliter de repetitione tractemus; die Worte sehen ganz danach aus, als wenn ein früherer Fehler verbessert werden sollte; seine Eintheilung selbst lautet folgendermassen:

> l. 65 D. de cond. ind. 12, 6: In summa, ut generaliter de repetitione tractemus, sciendum est, dari aut ob transactionem aut ob causam aut propter conditionem aut ob rem aut indebitum.

---

[9]) Ueber diesen Gegensatz vgl. Windscheid's Voraussetzung S. 3 f.; bekanntlich scheidet Windscheid (Pand. § 548 Text zu N. 2) den irrigen Beweggrund in die Veranlassung (Motiv) und in den Bestimmungsgrund (Voraussetzung); Paulus denkt bei dem dare ob causam lediglich an die Veranlassung.

Anscheinend eine reiche Fülle von Eintheilungsgründen! Aber sie schrumpft bei näherer Betrachtung gar sehr zusammen; gehen wir die einzelnen durch.

Ueber das dare ob transactionem schreibt Paulus:

> l. c. § 1: Et quidem quod transactionis nomine datur, licet res nulla media fuerit, non repetitur; nam si lis fuit, hoc ipsum, quod a lite disceditur, causa videtur esse; sin autem evidens calumnia detegitur, et transactio imperfecta est, repetitio dabitur.

Es bedurfte augenscheinlich der Aufstellung eines besonderen dare ob transactionem nicht, denn es fällt unter die Classe des dare ob rem, die Leistung geschah, ut adversarius a lite discedat; es kann daher das Geleistete zurückgefordert werden, wenn der Gegner den Process nicht aufgiebt[10]).

Ueber das dare ob causam (l. 65 § 2 cit.) habe ich bereits S. 55. 56 gehandelt, und gezeigt, dass es im Sinne von Paulus bloss das juristisch bedeutungslose Anführen einer Veranlassung enthält; es fällt also unter den Rückforderungsgründen aus.

Ebenso behandelte ich bereits einen Theil der l. 65 § 3 cit., worin Paulus das dare propter conditionem erörtert (S. 51. 52); ich zeigte, dass der von Paulus gesetzte (erste) Fall unter das dare sine causa falle; nun bringt aber Paulus noch zwei andere Fälle:

> Idem (scil. repetam quod dedi, quia causa propter quam dedi, non est secuta) et si hereditatem adire nolui vel non potui. Non idem potest dici, si servus meus sub conditione heres insti-

---

[10]) l. 23 pr. (verba: idem puto dicendum, et si transactio secuta non fuerit, propter quam datum est) D. de cond. ind. 12, 6; ferner l. 1 pr. D. de cond. causa data 12, 4 (verba: vel a lite discedatur, causa secuta repetitio cessat).



tutus sit, et ego dedero, deinde manumissus adierit, nam hoc casu secuta res est.

Paulus sagt es selbst, dass hier ein Fall der causa non secuta resp. der causa secuta vorliege[11]), d. h. ein Fall, den Paulus in der früher erörterten l. 1 § 1 D. de cond. ob turp. c. 12, 5 ausdrücklich mit der cond. ob rem dati identificirt; es fällt also auch dieser Fall des dare propter conditionem als selbständiger Rückforderungsgrund aus.

Von der ganzen Paulinischen Aufzählung bleiben die Rückforderungen ob rem und indebitum! Hier darf ich behaupten, nicht bloss, dass dies nicht den Namen einer Systematik verdient, sondern zugleich, dass die Art, wie Paulus Systematik zu machen versucht, einem modernen Betrachter verwunderlich erscheint.

Am meisten hat mich die Darstellung Ulpian's in l. 1 D. de cond. sine causa 12, 7 befriedigt, wiewohl der gegenwärtige Zustand der Lex sicherlich auf arge Verstümmelungen der Compilatoren zurückzuführen ist. Sie lautet[12]):

Est et haec species condictionis, si quis sine causa promiserit vel si solverit quis indebitum. Qui autem promisit sine causa, condicere quantitatem non potest, quam non dedit, sed ipsam obligationem. § 1. Sed etsi ob causam promisit, causa tamen secuta non est, dicendum est, condictionem locum habere. § 2. Sive ab initio sine causa promissum fuit, sive fuit causa promittendi, quae finita est vel secuta non est, dicendum est, condictioni locum fore. § 3. Constat

---

[11]) Ebenso Ulpian in l. 1 D. de cond. causa data 12, 4.

[12]) Vgl. dazu die von Ulpian herrührende l. 2 § 3 De doli mali exc. 44, 2, in welcher er die Grundlosigkeitsfälle zum Zweck der exc. doli ähnlich wie in der l. 1 cit. erörtert.

id demum posse condici alicui, quod vel non ex iusta causa ad eum pervenit vel redit ad non iustam causam.

Auf mich macht die Stelle den Eindruck, den man so oft beim Lesen der Digesten erhält: den Eindruck, dass bloss Anfang und Ende einer juristischen Exposition uns vorliegen, die Mitte aber von den Compilatoren herausgeschnitten worden ist; nur so kann ich es erklären, dass der § 2 der causa non secuta nochmals gedenkt, trotzdem dieselbe doch bereits im § 1 behandelt ist; nur so kann ich das anstössige Wort «demum» im § 3 erklären; anstössig nenne ich es deshalb, weil ja damit behauptet zu sein scheint, dass die Condictio nur bei non iusta causa stattfinde. Sieht man davon ab, so enthält die Darstellung von Ulpian zwar keine erschöpfende Systematik, aber wenigstens eine Zusammenstellung, in welcher sich keine Fehler vorfinden:

im Principium das Indebitum; zwar bedient sich Ulpian dieses Wortes bloss bei dem solutum, während er bei dem promissum den Ausdruck sine causa hinzufügt; ohne Zweifel identificirt er beides, geradeso wie Papinian es identificirt haben muss, von dem die Compilatoren in dem Titel de cond. *indebiti* folgendes Fragment (l. 66) aufgenommen haben: haec condictio ex bono et aequo introducta, quod alterius apud alterum sine causa deprehenditur, revocare consuevit[13]); *im § 1* das ob causam datum causa non secuta; in l. 1 D. de cond. causa data 12, 4 nennt es Ulpian ein ob *rem* non inhonestam datum, ein

[13]) Auch Javolen identificirt das ob rem datum, causa non secuta mit dem sine causa (l. 10 D. de cond. causa data 12, 4).

Ausdruck, dem Pomponius und Paulus den Vorzug gegeben haben;

im § 2 neben der nochmaligen Erwähnung des indebitum und des ob rem datum den Fall der causa finita;

im § 3 den Fall der iniusta causa.

Auf Vollständigkeit kann auch die Ulpianische Darstellung keinen Anspruch machen: es fehlt unzweifelhaft der Fall der causa nulla (Leistung auf Grund eines nichtigen Rechtsgeschäfts) sowie die anderen Fälle, die man (abgesehen von der causa finita) heutzutage unter die cond. sine causa zu subsumiren pflegt; ob Ulpian den Fall der turpis causa übergeht oder ob er ihn unter der causa iniusta mitbegreift: das lässt sich nicht entscheiden; unter das ob causam (ob rem) datum hat er ihn jedenfalls nicht gestellt, das ergiebt die Fassung der §§ 1. 2 mit Sicherheit.

Im Vorstehenden glaube ich eine getreue Darstellung der Quellen gegeben zu haben. Sie weicht von der Voigtschen[14]) darin ab, dass sie die Lückenhaftigkeit und das Unzureichende der Formulirungen der classischen Juristen zeigt. Voigt hingegen sieht überall abgeschlossene Systeme; er hat kein Wort der Kritik weder für Paulus ad Plautium noch für Pomponius und Paulus ad Sabinum; das Lückenhafte ergänzt er in, wie mir scheinen will, willkürlicher Weise; bei Paulus ad Sabinum z. B. zerlegt er die causa in die falsa (cond. indebiti) und finita, während doch wie oben gezeigt Paulus an keine von beiden dachte, die Causa vielmehr als blossen Beweggrund ansah; die einzelnen Römischen Juristen theilt er bald dieser bald jener Theorie zu, bloss deshalb, weil sie ge-

[14]) Cond. ob causam § 44.

legentlich eines einzelnen Condictionsfalls gedenken; so soll Africanus der Vorläufer, Marcian der Anhänger von Ulpian sein, jener deshalb, weil er an einer Stelle[15]) den Unterschied zwischen sine causa ab initio und causa non secuta statuirt, dieser deshalb, weil er die Condictio gegen den non ex iusta causa possidens erwähnt[16]). Allein was Africanus anbetrifft, so steht dem sine causa ab initio begreiflich nicht bloss die causa non secuta sondern auch die causa finita gegenüber (dies spricht Ulpian[17]) ausdrücklich aus); bezüglich des Marcian ist hervorzuheben, dass die Condictio auf das ex iniusta causa Besessene bereits bei Sabinus und sogar bei den Veteres feststeht[18]). Ein Verdienst hat sich Voigt aber dadurch erworben, dass er — soweit ich sehe zum ersten Mal — mit Bestimmtheit ausgesprochen hat, dass bei den classischen Juristen es keine allgemein adoptirte technische Bezeichnungsweise der Bereicherungscondictionen giebt[19]); das schlagendste Beispiel hiefür ist, dass Gaius, der alle Fälle der Bereicherungscondictionen behandelt, dennoch kein einziges Mal einen technischen auf die Causa hinweisenden Ausdruck (cond. indebiti, ob turpem causam u. s. w.) gebraucht[20]); aber auch die anderen Juristen, darunter auch Pomponius, Ulpian, Paulus, brauchen *viel öfter* das unverbundene Wort

---

15) l. 4 D. de cond. 12, 7.

16) l. 25 D. de rer. am. a. 25, 2.

17) l. 1 § 2 D. de cond. sine causa 12, 7.

18) l. 6 D. de cond. ob turp. vel ini. c. 12, 5.

19) Cond. ob causam S. 298.

20) Inst. II. 79. 82. III. 91. IV. 4. l. 27 § 1 D. mand. 17, 1; l. 5 § 3 D. de obl. 44, 7; l. 25 pr. D. de min. 4, 4; l. 63 D. de cond. ind. 12, 6; l. 35 § 4 D. de contr. emt. 18, 1; l. 25 § 8 D. loc. 19, 2; l. 54 § 3 D. de furt. 47, 2; l. 4 D. de cal. 3, 6; l. 6 D. de don. i. v. et u. 24, 1.

condicere, condictio, und lassen die Bezeichnung des Rückforderungsgrundes weg; das kann nicht blosser Zufall sein.

Aus dem Obigen folgt von selbst, dass die heut in der Justinianischen Compilation aufgestellte Eintheilung der Bereicherungscondictionen ein emblema Triboniani ist; sichtlich haben die Compilatoren sich an Ulpian angeschlossen; aber sie liessen die causa finita weg, oder vielmehr sie verbanden sie mit der bei Ulpian fehlenden causa nulla zur condictio sine causa.

Diese nach dem materiellen Klagegrunde eingetheilten Bereicherungscondictionen schoben sie nebst der cond. furtiva und der (gleichfalls erst von ihnen geschaffenen) sog. cond. ex lege zwischen diejenige Eintheilung ein, welche allein die Römische ist: nämlich zwischen die processualische Eintheilung in cond. certi und cond. triticaria. Dabei begingen sie einen dreifachen Fehler. Einmal nämlich lässt sich nicht einsehen, weshalb bloss die Bereicherungscondictionen nach den einzelnen Bereicherungsgründen eingetheilt werden sollen; beliebt man eine Eintheilung der Condictionen nach dem materiellen Klaggrund, so musste auch eine cond. ex mutuo, ex stipulatu aufgestellt werden; davon findet sich in der Compilation nichts, bei Theophilus und den Basilikenscholiasten bloss die cond. mutui. Sodann haben sie das Material der classischen Jurisprudenz nicht immer richtig vertheilt; in l. 3 § 5 D. de cond. causa data 12, 4 werden Fälle behandelt, welche nicht unter diese Condictio sondern unter die condictio sine causa fallen (ein liber homo bona fide serviens hat dem angeblichen Herrn Geld gegeben, um ihn freizulassen); in l. 23 § 1 D. de cond. ind. 12, 6 wird der Fall behandelt, dass Jemand nach dem Urtheil sich vergleicht und die Ver-

gleichssumme zahlt; der Vergleich wird für nichtig und die Rückforderung für zulässig erklärt; aber es ist klar, dass die durch den Titel angezeigte cond. indebiti nicht anwendbar ist; in l. 36 eod. handelt es sich um Rückforderung einer Zahlung, die der Dieb für Rückgabe der gestohlenen Sache erhalten hat, während wir doch nach l. 2 § 1 D. de cond. ob turp. c. 12, 4 und aus l. 6 l. 7 C. eod. 4, 7 eine cond. ob turpem causam erwarten; in l. 29 eod. werden die Zahlungen von Veräusserungsunfähigen behandelt, welche, je nachdem die Geldstücke existiren oder consumirt sind, zu vindiciren resp. zu condiciren sind; das kann offenbar keine cond. indebiti sein; auch im Codex können solche Stellen nachgewiesen werden, vgl. l. 1 C. de cond. ob c. dat. 4, 6; l. 4 C. de cond. ex lege 4, 9. Endlich ist der Unterschied zwischen den cond. ob turpem und ob iniustam causam von den Compilatoren nicht präcisirt worden; in den Digesten (12, 5) sind beide verbunden, in dem Codex ist die erstere selbständig behandelt (4, 7), die andere mit der ex lege und sine causa verbunden (4, 9).

§ 6. Fortsetzung. Streitfragen.

Aus dieser Beschaffenheit der Justinianischen Compilation erklären sich die Streitfragen unserer Zeit.

1. Man streitet über das Wesen der cond. sine causa. Schon von der Glosse[1]) her schreibt sich ihre

---

[1]) Gl. est et haec species zu l. 1 D. de cond. s. c. 12, 7; darin wird sie sogar generalissima genannt und der cond. generalis, unter welcher die cond. certi verstanden wird, entgegengestellt; auf diese cond. certi generalis, die schon bei den Byzantinern ausgebildet ist, komme ich in § 8 zurück.

Eintheilung in generalis und specialis; die generalis cond. sine causa liess man mit allen anderen Bereicherungsklagen concurriren, die specialis sollte subsidiär eintreten, d. h. erst dann, wenn keine der anderen begründet wäre. Diese Ansicht findet sich noch bei Voet, Lauterbach, Günther[2]); erst die Neueren kennen nur eine einzige cond. sine causa; es ist die specialis der Glosse. Aber welches ist ihr Umfang? In den mannigfachsten Redewendungen wird gelehrt, dass entweder ein gleich Anfangs rechtloses Haben oder ein späteres Wegfallen des das Haben stützenden Grundes vorausgesetzt werde. Aber was ist mit diesen allgemeinen Worten gewonnen? Reinhard[3]) versuchte eine Specialisirung, die Klage sollte Anwendung finden, wenn etwas ohne mein Wissen und Wollen in die Hände eines redlichen Dritten gelangt ist[4]), ferner in den bekannten Fällen der l. 18 pr. l. 32 D. de reb. cred. 12, 1 und endlich bei causa finita; alle diese Fälle sollten wohlbegründete Ausnahmen von der Regel enthalten, dass etwas ohne Vorbehalt Hingegebenes als mit animus donandi hingegeben erscheine und deshalb nicht zurückgefordert werden könne. Ich finde indess, dass weder das Princip noch die Ausnahmen, wie sie Reinhard entwickelt, die Sache erklären. Das Princip ist falsch, weil durch dasselbe die *abstracte* Hingabe geleugnet wird; es giebt aber eine abstracte Hingabe wie ein abstractes Versprechen und eine abstracte Klage[5]). Aber auch die angebliche Wohlbegründetheit der Ausnahmen kann ich nicht zugeben; es handelt sich in l. 23 D. de reb. cer. 12, 1 nicht

---

[2]) Voet, comm. ad. Pand. XII, 7 §§ 1. 2. Lauterbach, coll. Pand. XII, 7; Günther, princ. iur. Rom. § 1118.

[3]) Arch. f. civ. Praxis 29, 249 ff.

[4]) l. 23 D. de reb. cred. 12, 1. l. 24 § 1 D. de a. e. v. 19, 1.

[5]) l. 9 § 3 D. de iure dot. 23, 3; l. 15 D. de cond. causa data 12, 4.

um eine Bereicherung mit einer fremden Sache oder aus einer solchen, vielmehr hat die fremde Sache nur die Gelegenheit zu einer Bereicherung gegeben; ich habe den Besitz eines Sclaven in dem Glauben, er sei mir legirt, erworben, ich habe ihn dann verkauft, und er ist beim Käufer gestorben; bis zu seinem Tode bin ich nicht bereichert, weil mein Abkäufer der Vindication ausgesetzt ist, ich also ihm evictionspflichtig bin; mit dem Tode des Sclaven endet die Möglichkeit einer Eviction und Regresspflicht, und es beginnt eine Bereicherung; aber bin ich aus dem Sclaven bereichert oder nicht vielmehr aus dem Kaufgeschäft? würde, wenn ich das Kaufgeschäft nicht abgeschlossen hätte, mit dem Tode des Sclaven die Bereicherung eingetreten sein? erhellt nicht hieraus, dass es sich nicht um eine Bereicherung ex re aliena sondern ex negotiatione propria handelt?[6]) Müsste ich den Kaufpreis selbst dann herausgeben, wenn der Sclave bei mir *vor* der Uebergabe gestorben ist?[7]) — Die Entscheidung in l. 24 § 1 D. de a. e. v. 19, 1 ruft lebhafte Bedenken wach; es hat Jemand bona fide vom Diebe einen Sclaven mit dessen Peculium gekauft, der Sclave kauft mit Peculiargeld eine Sache und diese wird seinem angeblichen Herrn übertragen; drei Sabinianer (Sabinus, Cassius, Julian) geben dem wahren Herrn des Sclaven die Condictio; ich bekenne, dass ich sie nicht erklären kann; offensichtlich ist hier eine geschuldete Sache aus Irrthum dem Nichtgläubiger übergeben worden; dadurch ist der Schuldner nicht befreit worden; er sollte gegen den Empfänger die cond. indebiti

---

[6]) So ausdrücklich in l. 21 D. de her. vend. 18, 4: . . . pretium enim hominis venditi non ex re sed propter negotiationem percipitur.

[7]) Uebrigens schwebt über l. 23 cit. eine Controverse zwischen Ihering und Windscheid, an welcher sich jetzt Krüger betheiligt; vgl. Arch. f. civ. Praxis, Bd. 66.

haben[8]) und nachher wie vorher dem wahren Gläubiger auf Uebergabe der Sache haften; statt dessen soll der wahre Gläubiger die Condictio gegen den Empfänger anstellen; wie ist dies zu erklären? Höchstens dadurch dass man sich die cond. indebiti als lege cedirt denkt, aber dann ist die Condictio nicht die sine causa sondern die indebiti. — Einen neuen Weg hat Kiesselbach[9]) eingeschlagen, indem er die Behauptung aufstellte, dass die cond. sine causa ursprünglich die Klage zur Zurückforderung von *Obligationen* sei; er glaubt in der Glosse einen Vorgänger in seiner Auffassung zu haben; allein er irrt; die Glosse erklärt, wie ich oben schon anführte, die cond. sine causa als die generalissima, als die mit allen sonstigen Condictionen concurrirende; nun wirft sie die Frage auf, ob dies nicht bei grundlosem Versprechen eine Einschränkung erleide, und sie antwortet, dass in einem solchen Falle die cond. indebiti nicht stattfinde, weil sich die letztere (angeblich) bloss auf indebite *soluta* beziehe. Die Argumentation Kiesselbachs aus den Quellen ist eine völlig verfehlte; er behauptet, dass alle anderen Condictionen sich bloss auf körperliche Sachen beziehen, und dass die l. 1 D. de cond. sine causa 12, 7 in ihren einzelnen Paragraphen lediglich das aussprechen wolle, dass, welcher Rückforderungs*grund* auch vorliegen möge (causa indebiti, non secuta, finita, non iusta causa), dennoch immer die cond. sine causa dann Anwendung findet, wenn der *Gegenstand* ein promissum ist. Das Unhaltbare dieser Meinung ergiebt sofort die l. 1 pr. cit., dann die l. 2. l. 4. l. 5 des Titels, in denen überall von körperlichen Sachen

8) l. 22. l. 65. § 9. D. de cond. ind. 12, 6.

9) Jahrb. f. Dogmatik Bd. 5, S. 1—51; vgl. ferner Salpius, Novation und Delegation S. 289 ff. 291.

die Rede ist; die einzige l. 3 handelt von promissa. Aber Kiesselbach verfährt mit ihnen allen willkürlich; in l. 1 pr.:

> (Ulp.) est et haec species condictionis, si quis sine causa promiserit vel si solverit quis indebitum

interpretirt er das vel mit velut, der Sinn sei: man könne mit der cond. sine causa ein promissum zurückfordern, *wie wenn* Jemand eine nichtgeschuldete körperliche Sache zahlte; von l. 4, welche offenbar von data (nicht von promissa) handelt, behauptet Kiesselbach, sie enthalte eine Erweiterung von l. 3, die Compilatoren hätten sie aufgenommen, um die cond. sine causa promissi auf die cond. promissi causa non secuta auszudehnen, und hätten freilich das Wort dare «unpassend gewählt». Von l. 2 und l. 5 versichert Kiesselbach, dass sie ganz singuläre Fälle behandeln, welche um ihrer Ausnahme halber in die cond. sine causa verwiesen würden! Darf man sich bei einer derartig unhaltbaren Beweisführung darüber wundern, dass Voigt[10]) die gerade entgegengesetzte Behauptung aufstellte, nämlich dass «die cond. sine causa stets nur als cond. *rei*, nie aber als cond. iuris, *obligationis*, liberationis oder possessionis in den Quellen auftrete»? Sowohl die Meinung von Kiesselbach als die von Voigt sind gleich unbegründet.

2. Man streitet über den Gegensatz der cond. ob turpem und der ob iniustam causam. Bei den classischen Juristen findet sich die Condictio wegen turpis causa in zahlreichen Anwendungen behandelt; merkwürdigerweise aber fehlen — mit zwei Ausnahmen — specielle Anwendungen, bei denen ausdrücklich die iniusta causa als Rückforderungsgrund angegeben wird;

---

[10]) Cond. ob causam S. 745.

dahingegen finden sich zwei *allgemeine* Aussprüche; der eine in l. 6 D. de cond. ob turp. vel ini. c. 12, 5: (Ulpian.): Perpetuo Sabinus probavit veterum opinionem existimantium id, quod ex iniusta causa apud aliquem sit, posse condici, in qua sententia etiam Celsus est.

Der andere in l. 1 § 3 D. de cond. sine causa 12, 7, in welcher aber statt von iniusta causa vielmehr von non iusta causa die Rede ist:

constat id demum posse condici alicui, quod vel non ex iusta causa ad eum pervenit vel redit ad non iustam causam.

In *specieller* Anwendung wird die iniusta causa ausdrücklich erwähnt in

l. 6 D. de don. i. v. et u. 24, 1: quod ex non concessa donatione retinetur, id aut sine causa aut ex iniusta causa retineri intelligitur, ex quibus causis condictio solet nasci.

Ich habe schon oben meine Ansicht dahin ausgesprochen, dass die Stelle zwei verschiedene Schenkungsfälle unter die donatio non concessa subsumirt (das beweist sowohl die Figur aut—aut als der Plural ex quibus causis), und dass darunter einerseits die nichtige Schenkung unter Gatten, andererseits die durch die lex Cincia verbotene übermässige Schenkung zu verstehen ist; bei ersterer ist das Haben sine causa, bei letzterer ex iniusta causa. — Sodann wird die Condictio auf die iniusta causa in der l. 6 § 5. l. 25 D. de act. rer. am. 25, 2 gestützt; die act. rer. amot. findet auf Entwendungen bei bevorstehender Scheidung Anwendung und setzt das wirkliche Erfolgen der Scheidung voraus; jene Fragmente geben nun in Fällen, wo zwar eine Entwendung erfolgt ist, aber die Scheidung nicht bevorstand oder nicht erfolgte, eine Condictio:

l. 6 § 5 cit.: sed et si morte mariti solutum sit matrimonium, heres mariti hereditatis petitione vel ad exhibendum actione eas consequi poterit; Aristo et condici ei posse recte putat, *quia ex iniusta causa apud eam essent* (Paulus).

l. 25 cit.: rerum quidem amotarum iudicium sic habet locum, si divortii consilio res amotae fuerint et secutum divortium fuerit; sed si in matrimonio uxor marito res subtraxerit, licet cessat rerum amotarum actio, tamen ipsas res maritus condicere potest; nam iure gentium condici puto posse res ab his, *qui non ex iusta causa possident* (Marcian).

Windscheid[11]) versteht unter der condictio die cond. furtiva; indess stimmt dies nicht mit der von Paulus und Marcian angeführten Begründung; letztere hatte sicherlich darin ihren Grund, dass nach der Meinung mehrerer Römischer Juristen (nach Nerva und Cassius) unter Ehegatten ein Diebstahl unmöglich ist[12]); man vermied also das Wort furtum, der Prätor führte die act. rer. *amotarum* ein, die Juristen stützten die Condictio auf causa *iniusta* (vgl. § 22). Die bisher behandelten zwei Fälle von iniusta causa stehen nun denen mit turpis causa scharf gegenüber; denn mit dem Haben ob turpem causam ist ein unsittlicher Zweck verbunden, welcher bei dem Haben ex iniusta causa fehlt; beiden gemeinsam ist, dass sie Rechtswidrigkeiten enthalten. Ich stehe deshalb auf Seiten derer, welche (— vorausgesetzt dass man überhaupt die Condictio materiell eintheilt —) die cond. ob turpem causam von der ex iniusta causa scheiden. Man darf aber

---

11) Pand. § 454 Note 24.
12) l. 1 D. de act. rer. am. 25, 2.

die cond. ex iniusta causa nicht mit Keller[13]) auf den Gesichtspunkt der «positiven Ungiltigkeit» noch mit Witte[14]) auf den des gesetzlich missbilligten Uebertragungswillens stützen; der Umfang ist weiter, und wir können schon mit Rücksicht auf den in den Quellen ihnen angewiesenen Platz noch folgende Fälle zur cond. ex iniusta causa stellen:

a. es hat Jemand eine erzwungene Stipulation erfüllt, der Fall steht in l. 7 D. h. t., welche sich unmittelbar an den allgemeinen Ausspruch über die iniusta causa anschliesst (vgl. die oben abgedruckte l. 6 eod.);

b. der unredliche Besitzer hat Früchte verzehrt; der Fall steht in l. 3 C. h. t.; zur Unterstützung ist heranzuziehen die l. 4 § 1 D. de reb. cr. 12, 1: res pignori data pecunia soluta condici potest *et fructus ex iniusta causa percepti condicendi sunt*, nam et si colonus post lustrum completum fructus perceperit, condici eos constat ita demum, si non ex voluntate domini percepti sunt.

3. Man streitet über die Erklärung der cond. causa data causa non secuta. Man hält nämlich den Ausdruck für einen «alten»[15]), d. h. für einen bei den classischen Juristen vorfindlichen, während er doch erst eine ungeschickte Schöpfung der Compilatoren ist, welche von den Scholiasten der Basiliken festgehalten worden ist[16]). Duaren und Hotomann, neuer-

---

13) Pandecten § 303.

14) Bereicherungsklagen S. 42. Schletter's Jahrb. Bd. 10 S. 23. Aeltere Ansichten vgl. bei Glück Bd. 13 S. 51. 68.

15) Pagenstecher in der Heidelb. krit. Ztschr. 2, 65.

16) Dieselben schreiben *καῦσα δάτα καῦσα νὸν σεκοῦτα*, während die Ueberschrift der Basiliken XXIV, 1 lautet: *περὶ ἀπαιτήσεως πράγματος δοθέντος πράγματος μὴ περικολουθήσαντος.*

dings Hugo[17]), verzweifelten an einer Erklärung und halfen durch Conjectur; sie lasen: cond. causa da*ti*..., was durchaus handschriftswidrig ist; auch Windscheid vermuthet, dass die Ueberschrift des Pandectentitels ursprünglich gelautet habe: de cond. ob causam da*ti*... Huschke[18]) steht ungefähr auf demselben Standpunkt; er conjicirt zwar nicht dati, aber er liest es dem Sinne nach, indem er behauptet, data scheine später indeclinabel geworden zu sein. Schilling[19]) und Erxleben[20]) legen Gewicht auf die Quantität der Endsilben; sie lesen: cond. causā dată causā non secutā; zu condictio supplirt Schilling «quae competit», Erxleben «quae condicit»; in Schillings Sinn ist es eine Condictio, welche zusteht, da die causă dem causā Hingegebenen nicht nachgefolgt (sondern deficirt) ist; in Erxlebens Sinn ist es eine Condictio, welche das causā Hingegebene wegen Nichteintretens der causa einfordert. Beide Auslegungen sind geradezu unerträglich; sie involviren ein causā dare, welches schon an sich unlateinisch ist und welches sie überdies als ob causam dare interpretiren; es müsste doch mit «durch die causa geben» übersetzt werden, dann aber stellt sich die ganze Sinnlosigkeit der Wortverbindung heraus. Erxleben[21]) identificirt das erste causa mit res und übersetzt «die Condiction, welche zusteht, weil ein Vermögensrecht übertragen und der dabei vorausgesetzte Erfolg deficirt ist»; er sucht dabei nachzuweisen, dass causa nicht bloss neben der res vor-

---

17) Duaren comm. h. t. cap. 1; Hotomann epitom. §§ 2, 3; Hugo, R. G. S. 562 der 10. Aufl.

18) Studien S. 288 Anm. 116.

19) Institutionen III. § 325 f.

20) Cond. sine causa, zweite Abth. S. 4 N. 9.

21) Heidelb. krit. Ztschr. 2, 64 f.

komme («res cum omni causa») sondern dass es auch die res einschliesse, und dass es sich von der res nur so unterscheide wie die Sache in ihrer *rechtlichen* Totalität von der Sache in ihrer *physischen* Totalität; zum Beweise beruft er sich auf die causa fundi, die causa bonorum[22]); da es nun weiter in l. 246 § 1 D. de v. s. 50, 16 heisst:

> restituit non tantum, qui solum corpus, sed etiam qui omnem rem conditionemque *reddita causa* praestet ...

so schliesst er, dass wie die Verbindung causam reddere so auch die causam dare sprachlich zulässig gewesen sein muss. Man kann Erxleben seine Prämissen als richtig zugeben, ohne jedoch zu seinem Schlusse zu gelangen. Denn die causa in der Bedeutung von «rechtlicher Totalität der Sache» kommt nur in Verbindung mit der Sache vor (causa fundi, bonorum), in der Bezeichnung cond. causa data fehlt aber einerseits die Sache, andererseits ist es unmöglich, hierunter die rechtliche Totalität der Sache zu verstehen. In der Verbindung causam reddere ist offenbar ein rei zu suppliren, aber auch dies geht bei der cond. causa data nicht an. — Meines Erachtens ist es ebenso vergeblich wie überflüssig, den sprachlichen Gehalt der cond. causa data causa non secuta zu untersuchen; der Ausdruck ist kein «alter», kein classischer Jurist braucht ihn, und selbst in der Justinianischen Compilation findet er sich bloss ein einziges Mal: als Titelrubrik in den Digesten; nachdem ich gezeigt habe, dass diese Rubriken, was unsere Materie betrifft, weder dem praetorischen Edict noch den Juristenschriften angehören, verlohnt es sich nicht der

---

22) l. 30 § 3 D. de leg. 3 (32); l. 52 § 1 D. de v. obl. 45, 1.

Mühe, die Ungeschicklichkeit der Compilatoren mit gelehrten Untersuchungen zu rechtfertigen.

4. Man streitet über das Wesen der condictio furtiva. Zwischen die dem classischen Process angehörige Eintheilung der condictio in die cond. certi und triticaria haben die Compilatoren nicht bloss die Bereicherungscondictionen sondern auch die cond. furtiva und die cond. ex lege eingeschoben; ich habe schon oben (S. 62) bemerkt, dass sie ebenso gut irgend welche andere auf das materielle Recht gegründete Condictionen hätten aufnehmen können.

Durch die Einschiebung ist der Charakter der cond. furtiva controvers geworden; man streitet darüber, ob sie eine Bereicherungsklage oder eine Delictsklage sei; nach dem Vorgange Savignys neigt sich die heut herrschende Meinung zu der ersteren Auffassung; in neuester Zeit hat aber Windscheid eine vermittelnde Meinung aufgestellt[23]): er nennt die cond. furtiva einen Delictsanspruch im Gewande eines Anspruchs auf ungerechtfertigte Bereicherung; er schreibt ihr eine Doppelnatur zu, nach der Rechtsconsequenz liege ein Delictsanspruch vor, aber die Römer hätten diesen als etwas qualificirt was er nicht ist: als Bereicherungsanspruch, und so unterstehe die cond. furtiva bald den Grundsätzen des Delicts bald denjenigen der Bereicherung, den ersteren im Allgemeinen, den letzteren dann, wenn sie zum Nachtheile des Diebes ausschlagen, z. B. bei dem Uebergang der Klage auf seine Erben. So gern ich die Doppelnatur der cond. furtiva annehme, so sehr widerspreche ich ihrem angeblichen Bereicherungscharakter. Wenn der Anspruch des Bestohlenen an sich delictsartig ist, die Condictio aber eine Bereicherungsklage wäre: wie kam man dazu,

23) Pand. §§ 453. 425. 359 Note 14.

von vornherein den Delictsanspruch mit einer Condictio verfolgen zu lassen? Man hätte doch vielmehr den entgegengesetzten Weg einschlagen d. h. eine Delictsklage einführen, und diese in gewissen Beziehungen den Bereicherungsgrundsätzen unterwerfen müssen. Aber auch die Behauptung lässt sich bestreiten, dass die Bereicherungsgrundsätze zum Nachtheil des Diebes eingeführt worden seien; wenigstens giebt es bei der Condictio zwei Grundsätze, die zu seinem Vortheil ausschlagen: es haftet nicht der Sclave nach seiner Freilassung[24]), es haftet nicht der Gehilfe[25]), und es würde demnach das Anknüpfen an den Bereicherungsgedanken ein untaugliches Mittel gewesen sein. Endlich betone ich, dass die Römische Ueberlieferung nichts von einer Bereicherungsklage weiss; die Condictio wurde zulässig odio furum quo magis pluribus actionibus teneantur (Gai. 4, 4); nicht eine Bereicherungsklage wollte man neu einführen sondern überhaupt eine neue Klage gewähren. Ich habe mich schon oben (S. 30 ff.) dahin ausgesprochen, dass die Gewährung nicht als ganz freiwillige zu denken ist; sie wurde durch den Rechtsirrthum eines Bestohlenen veranlasst, welcher statt der rei vindicatio mit der Intentio rem suam esse eine Condictio mit der Intentio rem sibi dari oportere angestellt hatte; er erlangte für seinen Rechtsirrthum Verzeihung, d. h. trotz der falschen Formel gewann er den Process. Hiernach behaupte ich, dass die cond. furtiva zunächst den Grundsätzen der rei vindicatio unterliegt, dass sie weder Delicts- noch Bereicherungsklage ist.

---

24) l 15 D. de cond. furt. 13, 1.

25) l. 6 D. eod., dieser Lex scheint l. 52 § 2 D. de v. s. 50, 16 entgegenzustehen; Windscheid nimmt eine Antinomie an, allein vgl. unten § 22 Anm. 4.

Hieraus lassen sich die meisten Bestimmungen über die cond. furtiva erklären. Allein dieser Character der cond. furtiva ist durch zwei von den Delictsobligationen hergenommene Regeln modificirt worden: 1) durch die schon von den Veteres aufgestellte Regel, dass sofort mit dem Diebstahl der Dieb in Mora geräth[26]), 2) durch die Bestimmung, dass mehrere Diebe *solidarisch* haften[27]). Es verdient hervorgehoben zu werden, dass der Codextitel de cond. furtiva, welcher lediglich aus zwei Constitutionen besteht, gerade die beiden von mir hervorgehobenen Ausnahmebestimmungen enthält; sie tragen in die cond. furtiva ein delictsartiges Moment hinein, aber sie beruhen auf guten inneren Gründen. Die zwölf Tafeln behandelten zwar das Furtum, aber bloss von der Strafseite, nicht von der Ersatzseite aus; demgemäss war ihnen eine besondere Ersatzklage des Bestohlenen unbekannt, der Bestohlene war lediglich auf die rei vindicatio beschränkt; das Unzureichende derselben musste erkannt werden, und man wäre sicherlich dahin gekommen, eine besondere Ersatzklage des Bestohlenen aufzustellen, wenn nicht inzwischen die cond. furtiva sich ausgebildet hätte; man benutzte also diese persönliche Klage, und übertrug auf sie soviel Delictsgrundsätze als das practische Bedürfniss verlangte; seitdem ist die cond. furt. nicht bloss Stellvertreterin der rei vindicatio, sie hat eine Doppelnatur, aber nicht die Bereicherung ist es, welche neben dem Delict sie beherrscht; es ist mir unerklärlich, wie man in Einem Athem die cond. furt. als Bereicherungsklage hinstellen und doch zugleich auseinandersetzen kann, dass der Dieb nicht bereichert werde, oder dass der

26) l. 17 l. 20 D. de cond. ind. 13, 1; l. 2 C. de cond. furt. 4, 8.
27) l. 1 C. de cond. furt. 4, 8.

Dieb höchstens um die possessio bereichert sei, dass aber die cond. furtiva keine cond. possessionis sondern rei sei, oder dass die cond. furtiva nicht bloss auf die Bereicherung sondern auf vollen Schadenersatz gehe. Die ganze Bereicherungsanschauung hat weiter keine Grundlage als den Platz, welchen die Compilatoren der cond. furtiva in ihrer Codification gegeben haben; er ist von um so geringerer Bedeutung, als in den Digesten die Bereicherungscondictionen den grössten Theil des 12. Buches bilden, während die cond. furtiva das 13. Buch beginnt. — —

§ 7. Fortsetzung. Die cond. ex lege.

III. Eine einzige Condictio giebt es, welche selbst von Savigny nicht als Bereicherungsklage aufgefasst wird: die cond. ex lege. Savigny stellt sie ohne weitere Motivirung als Ausnahme vom Condictionenprincip hin; es genügt ihm «der sehr geringe Umfang der Abweichung»; um dessenthalben hofft er, dass man aus der Ausnahme keinen Zweifel gegen die Richtigkeit seiner allgemeinen Auffassung der Condictionen als Bereicherungsklagen erheben werde; um dessenthalben hält er eine Motivirung für überflüssig. Demgegenüber betone ich, dass die Ausnahme geradezu als ein Räthsel erscheint; allein nicht hierbei will ich mich aufhalten; meine Aufgabe ist vielmehr zu zeigen, dass die cond. ex lege eine Justinianische Schöpfung ist. Ueber den Rechtszustand zur Zeit der classischen Juristen haben wir nur zwei Stellen: l. un. D. de cond. ex lege 13, 2 von Paulus und l. 28 (bei Mommsen l. 29) D. ad l. Jul. de ad. 48, 5 von Marcianus. Die l. un. cit. lautet:

si obligatio lege nova introducta sit, nec cautum eadem lege, quo genere actionis experiamur, ex lege agendum est.

Paulus ist soweit von einer cond. ex lege entfernt, dass er nicht einmal der Condictio erwähnt; aus seinen Worten folgt nicht einmal, dass eine durch ein neues Gesetz eingeführte Klage im Condictionenprocess geltend zu machen ist; ohne die (von den Compilatoren herrührende[1])) Titelüberschrift «de condictione ex lege» und ohne die zweite oben citirte Digestenstelle würde schwerlich Jemand in der Paulusstelle die cond. ex lege finden; Paulus scheint bloss sagen zu wollen, dass, wenn ein Gesetz eine Obligation einführt, es nicht nöthig hat, die Klageart zu bestimmen, der Gläubiger kann auf Grund des Gesetzes eine actio fordern: ex lege agendum est. Ist dies der Sinn der Paulusstelle, so hat sie einen mehr rechtshistorischen Inhalt; es ist bekannt, dass die Gesetze aus der Zeit des Legisactionenprocesses sehr häufig die Processart bestimmten; sie gaben bald die legisactio per iudicis arbitrive postulationem bald die per manus iniectionem (in ihren verschiedenen Formen) bald die per pignoris capionem, und Gaius erklärt deshalb die sacramenti actio für eine subsidiäre:

Gaius 4, 13 . . . de quibus enim rebus *ut aliter ageretur, lege cautum non erat,* de his sacramento agebatur.

Das musste sich nach der Einführung des Formularprocesses ändern, denn der Formularprocess war ein einheitlicher. Was für Gegensätze gab es denn zu

---

[1]) Diesen Umstand übersieht Savigny System 5, 543; er giebt zu, dass die Worte nicht ausdrücklich von einer Condiction sprechen, aber er meint, dass in Verbindung mit der Titelüberschrift man eine solche Klage unter agendum est verstehen müsse.



Paulus' Zeiten in den Klagformen? Wenn man von der extraordinaria cognitio absieht, und den noch bestehenden Ueberrest der legisactio sacramento (Gaius 4, 31) bei Seite lässt, so war jeder Process ein agere per concepta verba, per formulam. Paulus will also sagen: heutzutage könnte zwar das Gesetz das genus actionis bestimmen, aber wenn es darüber nichts bestimmt hat[2]), so wäre es verkehrt, an die extraordinaria persecutio oder an die legisactio sacramento zu denken, vielmehr hat der Gläubiger seine Forderung im regelmässigen Process geltend zu machen, er kann eine actio mit Formularprocess fordern[3]). Ich lege dem Paulus keineswegs die Absicht bei, die Condictio auszuschliessen; ich meine nur, dass er nicht von ihr sondern von dem allgemeineren Begriff (der actio) spricht; ist dies der Fall, so kann man in der Paulusstelle keine cond. ex lege finden.

Es bleibt die Stelle von Marcian:

> l. 28 cit.: quod ex his causis debetur, per condictionem, quae ex lege descendit, petitur.

Zum Verständniss schicke ich voraus, dass nach der l. Julia de adulteriis[4]), wenn ein Sclave des Ehebruchs angeklagt ist, und deshalb auf Verlangen des Anklägers gefoltert wird, der letztere im Falle der Freisprechung des Sclaven dessen Herrn den doppelten Werth ersetzen muss; wird aber ein Sclave im Ehebruchsprocess bloss als Zeuge gefoltert, und erfolgt

---

[2]) Das ist die Voraussetzung; deshalb ist es unrichtig, wenn Bekker (Aktionen 1, 135 N. 2) als Beispiel der cond. ex lege die Ansprüche aus der l. Aquilia anführt, denn für diese war bekanntlich die legisactio per manus iniectionem vorgeschrieben.

[3]) So interpretirt auch Rudorff in Ztschr. f. gesch. Rw. 14, 367; der Ton ruhe nicht auf ex lege sondern auf agendum est.

[4]) l. 27 §§ 1—6, 11—16 D. ad l. Jul. de ad. 48, 5. l. ult. D. de cal. 3, 6. l. 6 C. eod. 9, 46.

eine Freisprechung des Angeklagten, so ist dem Herrn des Sclaven einfacher Ersatz zu leisten. Um die Klage, mit welcher dieser Ersatz eingefordert wird, handelt es sich; Marcian bezeichnet sie als condictio quae ex lege descendit, und ich denke, dass diese Worte weit von der Justinianischen cond. ex lege verschieden sind; Marcian lehrt, dass eine Condictio anzustellen, und dass sie auf die lex Julia zu stützen sei; er behandelt die Condictio als eine ganz allgemeine Klage, die überall anwendbar ist, wo ein Klagegrund vorliegt; im vorliegenden Falle bezeichnet er die lex Julia als den Klagegrund. Und es lässt sich nicht leugnen, dass für die in Frage stehenden Ansprüche die Condictio allein die angemessene Formel verschafft; die abstracte Formel der Condictio enthielt eine Angabe des Klagepetitum; hätte man eine concrete Klageformel gewählt, so hätte offenbar die Bezugnahme auf die l. Julia nicht genügt, es hätte zugleich der concrete Thatbestand, namentlich die von der l. Julia vorgeschriebene Schätzung des gefolterten Sclaven Seitens der Geschworenen[5]) eingefügt werden müssen; das wäre selbst für eine act. praescriptis verbis zu viel gewesen; die abstracte Klagformel der Condictio half über die Schwierigkeit hinweg.

Ob ausser der l. Julia uns andere Gesetze erhalten sind, in welchen für einen neuen Anspruch eine besondere Klagform nicht eingeführt wurde, das ist bestritten. In der l. Julia municipalis c. 10 ist dem Strassenpflasterer gegen den Hauseigenthümer eine Klage «utei de pecunia credita», d. h. die cond. certi nebst sponsio tertiae partis gegeben. Dahingegen bedienen sich mehre andere Gesetze der Worte dare damnas esto; so die l. Mamilia cap. 4, die l. Quinctia

[5]) l. 27 § 15 D. ad l. Jul. de ad. 48, 5.

de aquaeductibus, die l. Ursonensis cap. 61. 92. 93. 97. Huschke und Bruns fassen jene Worte als dare dato; anders Karlowa[6]), und ich möchte letzterem beitreten. Dahingegen finden sich in den Digesten zwei Fälle einer obligatio lege introducta ohne gleichzeitige Bestimmung der Klagform. Der eine ist im sct. Pisonianum enthalten, wonach der Verkäufer eines Sclaven, welcher wegen Verbrechens einer öffentlichen Strafe unterworfen wird, dem Käufer den Kaufpreis zurückerstatten soll[7]); der zweite hat seinen Ursprung in der l. Julia de maritandis ordinibus[8]), wonach der Ehemann, welcher gegen den Willen oder im Auftrag seiner Frau einen Dotalsclaven freilässt, derselben zu gewissen Leistungen verpflichtet ist. In beiden Fällen aber wird die Klage mit Stillschweigen übergangen; und sie war deshalb in dem angeführten zweiten Fall, welcher allein im Mittelalter praktisch war, streitig; Cujaz thut sich etwas darauf zu Gute, dass er sie als cond. ex l. Julia bezeichnet: haec vero est illa diu perquisita necdum ab interpretibus inventa actio[9]). Im Codex mehren sich natürlich die hierher gehörigen Fälle; es gehört hierher die l. 1 C. de cond. ex lege 4, 9 von Diocletian und Maximian, welche die Forderungen eines Primipilars, welcher dem Fiscus gegenüber in Verlegenheit geräth, schon vor der Verfallzeit für fällig erklärt, die l. 4 C. fin. reg. 4, 39 von Constantin, wonach derjenige, der bei einer Grenzstreitigkeit das streitige Stück vor der Entscheidung des Processes in Besitz genommen hat und hierauf den Process verliert,

---

6) Huschke, Gaius S. 212; Bruns in der Ztschr. f. Rechtsg. 3, 362; Karlowa, Civilproc. z. Zeit d. Legisact. S. 198 ff.

7) l. 8 pr. D. ad sct. Silan. 28, 5.

8) l. 61 — l. 65 D. sol. matr. 24, 3.

9) Obs. lib. 2 cap. 34.

nicht bloss das in Besitz Genommene herausgeben sondern ebensoviel Land verlieren soll; die l. 6 C. de dot. prom. 5, 11 von Theodosius und Valentinian, welche das pactum dotis für klagbar erklärten. In diesen Constitutionen geschieht der cond. ex lege keine Erwähnung. *Mit Justinian erst ist sie da; sie ist ihm die geläufigtse Handhabe bei seinen Neuerungen, er deckt mit ihr jede juristische Verlegenheit, denn sie überhebt ihn der Nothwendigkeit, das Rechtsverhältniss zu construiren,* und deshalb macht er von ihr einen überreichen Gebrauch. Ich stelle seine Fälle zusammen:

1. § 24 I. de act. 4, 6. Der Paragraph ist ein Auszug aus einer verloren gegangenen Constitution des Codex[10]). Wenn Jemand eine plus petitio re begeht, so wird der Beklagte nach der Justinianischen Sportelordnung dadurch zu Schaden gebracht, dass die Insinuationsgebühren an den Gerichtsdiener ein halbes Procent des Klagobjects betragen[11]); er kann deshalb von dem Kläger den dreifachen Ersatz der Mehrgebühr verlangen: quod nostra constitutio introduxit, quae in nostro codice fulget, ex qua procul dubio est, *ex lege condicticiam emanare.*

2. § 25 I. eod. Der Gerichtsdiener, welcher zuviel Sporteln einzieht, haftet dem Verklagten auf das Vierfache: *item ex lege condicticia* ex nostra constitutione oritur in quadruplum condemnationem imponens iis executoribus litium, qui contra constitutionis normam a reis quidquam exegerint. Unwillkürlich drängt sich die Bemerkung auf, dass mit demselben Rechte jede Delictsklage eine cond. ex lege genannt werden könnte.

---

10) Vgl. Cujacius obs. l. 12 cap. 22; ferner die Krügersche Ausgabe des Codex zu l. 5 C. de sport. 3, 2.

11) Theophili paraphr. zu § 24 I. 4, 6.

3. l. 35 § 5 C. de don. 8, 53 u. Nov. 162 c. 1 § 1. In der l. 35 cit. erklärt Justinian das pactum donationis als klagbar; er bedient sich dabei wiederholentlich des Ausdrucks «ex lege necessitatem imponi tradere», hingegen fehlt noch der Ausdruck condictio ex lege. Diesen gebraucht er aber in der Nov. 162 cit., in welcher er eine Schenkung zwischen Ehegatten, die durch den Tod des Schenkers convalescirt war, behandelt[12]): *τὴν παράδοσιν, εἴτε γέγονε, διδόναι αὐτῇ παραγραφήν, εἴτε οὐ γέγονε, παρέχειν καὶ ἀπαίτησιν, εἰ μὲν ἐπερώτησις γένοιτο, διὰ τῆς ἐξ* stipulatu, *εἰ δὲ μὴ τοῦτο, διὰ τοῦ ἐξ* lege condictiti*ου*, *ὥστε παραλαβεῖν τὸ δεδωρημένον* (vers. vulg.: traditio sive facta sit exceptionem illi det, sive non facta sit, etiam exactionem, si quidem stipulatio intervenerit, per actionem ex stipulatu, sin vero non intervenerit, *per condictionem ex lege* praebeat, ut rem donatam accipiat).

4. l. 12 C. de her. pet. 3, 31: In der hereditatis petitio soll der Richter auf die Auslagen des einen oder anderen Theils Rücksicht nehmen; bis zu Justinian galt dies bloss, wenn der Beklagte verurtheilt wurde; Justinian schreibt in jener Constitution das Gleiche vor, auch wenn der Beklagte siege; auch dann solle er dem Kläger «iudicis officio» die Auslagen zu ersetzen angehalten werden; si hoc fuerit praetermissum (fährt Justinian fort), negotiorum gestorum *vel ex lege condictione*. Gerade diese Worte bestätigen meine obige Behauptung, dass die cond. ex lege dem Justinian dazu dient, juristische Schwierigkeiten auf leichte Weise zu überwinden; ein redlicher Erbschaftsprätendent, welcher Auslagen macht, besorgt unwissent-

---

[12]) Es ist diese Novelle deshalb bekannt, weil darin Justinian von der Ansicht ausgeht, dass auch das Schenkungs*versprechen* durch den früheren Tod des schenkenden Ehegatten convalescire.

lich fremde Geschäfte; die Frage, ob und inwieweit einem solchen die act. neg. gest. zustehe, ist bekanntlich eine unter den modernen Juristen sehr bestrittene; wahrscheinlich bestand schon unter den Römischen Juristen keine principielle Einigkeit; um etwaige Differenzen von Anfang an abzuschneiden, stellt deshalb Justinian neben die act. neg. gest. die cond. ex lege.

5. l. 22 § 6 C. de iure del. 6, 30. Der Beneficialerbe kann die Gläubiger in der Reihe, wie sie sich melden, befriedigen, und er braucht nicht zu prüfen, ob ein besser Berechtigter vorhanden ist; er kann auch statt barer Befriedigung Erbschaftssachen in Zahlung geben; besteht nun an der in Zahlungsstatt gegebenen Sache ein Pfandrecht, so kann der Gläubiger sich nur an den Empfänger halten: vel per hypothecariam actionem *vel per condictionem ex lege*, nisi voluerint debitum iis offerre. Der Streit, ob hier die cond. ex lege als dingliche Klage stattfinde (wegen des Pfandrechts) oder als persönliche (als Ersatz für das Pfandrecht), kann dahingestellt bleiben[13].

6. u. 7. In zwei Fällen hat Justinian neue Klagerechte eingeführt, ohne sich aber über die Klage auszusprechen, nämlich bei Erweiterung der act. suppletoria in l. 30 C. de inoff. test. 3, 28 und bei der Gestattung des Widerrufs von Schenkungen wegen Undankbarkeit in l. 10 C. de rev. don. 8, 55. Eben deshalb fehlt in diesen Gesetzen die Erwähnung der cond. ex lege; aber bei l. 30 cit. haben sie schon die ersten Erklärer des Römischen Rechts ergänzt; die act. suppletoria wird schon von der Glosse[14]) eine cond. ex lege genannt, und wer dürfte nach der

---

[13]) Lyncker, Analect. ad Pand. h. t. Th. 57; Glück, Pandecten 13, 239 f.

[14]) Glosse ad l. 30 C. cit. s. v. exigere. Die Glosse ad l. 10 C. cit. erörtert die Widerrufsklage nicht.

obigen Auseinandersetzung leugnen, dass dies den Sinn Justinians treffe?

Das gesetzgeberische Vorgehen Justinians war für das Mittelalter massgebend; die scholastische Denkweise, die Unfreiheit der Anschauung verlangte bei neuen Rechtsverhältnissen vor Allem eine mit bestimmtem Namen versehene Klage; die Klage war nicht bloss der immanente Bestandtheil jedes Rechts sondern auch das Schlusswort bei seiner wissenschaftlichen Betrachtung; man lebte noch in den Anschauungen, welche durch die Gerichtsorganisation und die Staatsverfassung der classischen Römischen Zeit veranlasst worden waren, trotzdem ihnen nunmehr aller Boden entzogen war. Sicherlich hätte man bei neu entstehenden Rechtsverhältnissen zwischen der actio in factum, der actio praescriptis verbis und der condictio ex lege wählen können; allein bei der völligen Unkenntniss der Zeit bezüglich des Formularprocesses liess man die ersteren beiden bei Seite und griff zur cond. ex lege; war doch Justinian hierin das beste Vorbild! Hatte ihm doch gleichfalls dieselbe Alternative zur Verfügung gestanden! Und so erneuert sich im Mittelalter ein Vorgang der älteren Römischen Zeit, welchen ich im § 1 angedeutet habe und später in § 15 weiter ausführen werde: die cond. ex lege wird eine geläufige Handhabe zur Fortentwicklung des Rechts; so tritt z. B. die act. spolii ursprünglich als condictio ex canone redintegranda resp. als cond. ex cap. 18 X. de rest. spol. auf[15]); die Giltigkeit aller beeideten Geschäfte wird mit der cond. ex cap. 2 de pactis in VIto, die Haftung der Erben eines Verbrechers auf den Schadensersatz mit der cond. ex

[15]) Bruns, Recht des Besitzes, S. 169. 221.

cap. 5 X. de raptor. geltend gemacht[16]). Man bleibt bei der cond. ex lege nicht stehen; man schafft Nachbildungen, es entsteht die cond. ex statuto und die cond. ex moribus.

Was die cond. ex statuto betrifft, so genügt es die Worte Stryks in seinem Pandektencommentar zu citiren[17]):

> imo recte statuit Huber, cum nulla respublica vel civitas sit, ubi non saepius novae leges ferantur, *hinc nullam condictionem maioris et liquidioris esse quam hanc ipsam.*

Er führt dann zum Beleg mehrere Erbrechtsstatuten an, namentlich solche welche das Erbrecht der Ehegatten reguliren, an denen bekanntlich das Mittelalter einen nicht beneidenswerthen Ueberfluss besitzt.

Die cond. ex moribus ist die beste Schutzwehr des einheimischen deutschen Rechts; die Klagbarkeit der formlosen Verträge, die Geltendmachung des Retractrechts wird durch eine cond. ex moribus bewirkt[18]). Eine gewisse Verlegenheit entstand durch die Worte in l. 1 D. h. t. (von Paulus), wonach die Condictio nur dann Anwendung finden sollte, wenn das «genus actionis» unbestimmt geblieben wäre; zwar giebt es Gewohnheiten, welche eine bestimmte Processart bilden, kaum aber solche, welche einen Anspruch statuiren und ihm zugleich eine bestimmte Processart mit auf den Weg geben. So änderte man denn das genus actionis in ein nomen certum actionis; Carpzov erklärt in der oben citirten Dissertation cap. 23, dass, wenn die Gewohnheit zugleich einen bestimmten Namen für die

---

16) Glück, Pand. 13, 255 f.

17) ad l. 13 tit. 2 Pand. § 1.

18) Carpzov, de cond. ex moribus Lips. 1685 cap. 17. Stryk, usus mod. Pand. l. 13 t. 2 § VI.

den Anspruch verfolgende Klage einführe, die Bezeichnung cond. ex moribus wegfallen müsse; als Beispiel führt er die act. ad palinodiam an, welche genau genommen eine condictio ex moribus sei, und er beruft sich darauf, dass genau genommen die cond. furtiva eine cond. ex lege sei[19]). Das sind die Consequenzen der Justinianischen condictio ex lege! Sie ist ein leeres Wort, das immer zur Hand und vortrefflich geeignet ist, eine juristische Debatte nicht aufkommen zu lassen, indem sie zugleich den Schein hervorruft, dass die Debatte überflüssig, dass die Erklärung des Rechtsverhältnisses gegeben sei; den denkenden Juristen wird sie nicht befriedigen. Die cond. ex lege scheint mir in der Rechtsentwickelung eine ähnliche Rolle wie die Fiction zu spielen. Hinter der Fiction steckt ein neuer Rechtsgedanke, welcher das Kleid eines geltenden Rechtssatzes sich erborgt, welcher aber nur solange von der Rechtswissenschaft in dem fremden Kleide gelassen werden darf, bis sie des neuen Rechtssatzes völlig Herr geworden ist. So mag es auch eine Weile hingehen, die durch neue Gesetze eingeführten Obligationen mit cond. ex lege geltend zu machen; aber diese Zeit ist nur dazu gegeben, um tiefer in das Wesen der neuen Obligation einzudringen, und den darin ausgesprochenen Rechtssatz unter gehöriger Begründung im Rechtssystem einzuordnen; hält man die cond. ex lege für etwas mehr, für einen in sich geklärten Begriff, so gelangt man zu solchen

---

[19]) Auch der aus einem Pactum entspringenden cond. ex moribus scheint es später ebenso ergangen zu sein; bei Bastineller, diss. de act. ex quocunque pacto moribus data. Vitemb: 1718 heisst sie unausgesetzt *actio ex pacto;* Andere freilich (Stryk) halten noch an der cond. ex moribus fest; auch Glück thut dies noch, er fügt jedoch hinzu: «sie wird auch act. ex pacto genannt».

Verkehrtheiten, wie ich sie soeben von Carpzov berichtet. Die neuere Rechtswissenschaft ist offenbar auf dem Wege, die cond. ex lege gänzlich fallen zu lassen; das ist schon an der Darstellung bei Glück zu merken; gehorsam entwickelt er im Anschluss an die Paulusstelle (l. 1 D. 13, 2) den von Justinian aufgestellten Begriff, gehorsam zählt er die einzelnen Pandecten- und Codexfälle auf; sobald er aber zu den mittelalterlichen Fortbildungen gelangt, so erklärt er sie als «unpassende Analogie», und bei der Darstellung der neu hinzugekommenen Fälle verhält er sich meistens ablehnend[20]). Aus alter Gewohnheit sprechen auch wir von cond. ex lege; allein wir verschmähen es, sie auf neue Fälle anzuwenden; wo z. B. wäre sie mehr angezeigt gewesen als bei dem vielbehandelten Reichshaftpflichtgesetz vom 7. Juni 1871? Wir aber fühlen, dass das Gesetz einem bisher schon in Einzelanwendungen vorhandenen Princip (der Haftung für *fremde* Culpa) Ausdruck giebt; unsere Aufgabe ist, die Haftung für fremde Culpa systematisch einzureihen; ist dies geschehen, so bedürfen wir keiner condictio ex lege.

§ 8. Die Eintheilung der Condictio nach dem Object. Cond. certi.

Die den classischen Juristen geläufige Eintheilung der Condictio ist die in cond. certi, triticaria, incerti. Die Eintheilung ist begreiflich; da die abstracte persönliche Klage keine Causa enthält, also auch keine

[20]) Zuweilen freilich in wahrhaft naiver Weise; so schreibt er z. B. S. 255: «allein diese Klage ist keine Condictio, sondern die bekannte Spolienklage».

Eintheilung von der Causa aus zulässt, so musste man sich an das einzig fassbare Moment der Condictio, ihren Gegenstand, halten. Der wichtigste Fall der Condictio war der, in welchem ihr Gegenstand ein certum war.

Unzweifelhaft hat das Wort certum in der Verbindung «condictio certi» eine aussergewöhnliche Bedeutung. Denn während wiederholentlich certum als ein nach quid oder nach quale, quantum bestimmter Gegenstand bezeichnet[1]), und als Beispiel dafür nicht bloss eine bestimmte Geldsumme, sondern auch ein bestimmter Sclave, ein bestimmtes Grundstück, eine bestimmte Quantität besten africanischen Weizens, oder besten Campanischen Weins angeführt werden, bedeutet certum in jener Wortverbindung bloss die bestimmte Geldsumme; das sagt ausdrücklich Ulpian:

> l. 1 D. de cond. trit. 13, 3: qui certam pecuniam numeratam petit, illa actione utitur: *si certum petetur*, qui autem alias res, per triticariam condictionem petet.

Diese ausserordentliche Bedeutung des Wortes kehrt bei der Confessio wieder:

> l. 6 D. de conf. 42, 1: *certum confessus* pro iudicatto erit, incertum non erit. § 1. Si quis incertum confiteatur, vel corpus sit confessus Stichum vel fundum dare se oportere, urgeri debet, ut *certum confiteatur* ...

Diese engere Bedeutung hängt mit der Rolle zusammen, welche die bestimmte Summe Römischen Staatsgeldes in dem Römischen Process spielt. Ist eine solche eingeklagt und vom Beklagten bestritten,

---

[1]) S. besonders l. 6 D. de reb. cr. 12, 1; hiernach müssen die Worte der l. 74. l. 75 pr. de v. o. 45, 1 «quid quale quantumque» verstanden werden als quid *vel* quale quantumque; einer Conjectur bedarf es übrigens nicht.

so steht das zukünftige Urtheil schon bei Beginn des Processes wenigstens als alternatives fest: der Beklagte wird entweder zu die bestimmte Geldsumme verurtheilt oder er wird völlig freigesprochen werden. Ist sie eingeklagt und vom Beklagten zugestanden, so ist der Process überflüssig, es kann sofort Execution eintreten.

Nun nehme man noch den Grundsatz von der condemnatio pecuniaria hinzu; jedes Urtheil ist ein Geldurtheil, jeder Anspruch löst sich im Urtheil in einen Geldanspruch auf. Dann ergiebt sich mit Nothwendigkeit der Satz, dass mit der cond. certi persönliche Ansprüche irgend welcher Art eingeklagt werden können, d. h. also nicht bloss solche, welche von vornherein auf eine bestimmte Geldsumme gerichtet sind, sondern überhaupt alle Ansprüche, wofern nur der Kläger sich entschliesst, eine Schätzung seines Anspruchs in Gelde vorzunehmen und sie zum Gegenstande der Klage zu machen[2]), m. a. W. wofern nur der Kläger die Gefahr des certum übernimmt.

Savigny (5, 583. 80) hält dies für unzulässig, er behauptet eine Geldschuld bestehe gegenwärtig nicht, entstehe vielmehr erst künftig durch das richterliche Urtheil, dürfe also auch nicht zum Gegenstande der Klage gemacht werden; zum Beweise beruft er sich auf l. 37 D. de v. s. 50, 16:

> verbum oportere non ad facultatem iudicis pertinet, qui potest pluris vel minoris condemnare sed ad veritatem refertur;

er versteht dieses Fragment dahin, dass das Wort oportet nur von dem gegenwärtigen Dasein einer

---

[2]) Eine Ausnahme musste stattfinden bei der Alternativobligation, vorausgesetzt dass der Schuldner das Wahlrecht hat; der Kläger kann hier keine Schätzung vornehmen.



civilrechtlichen Schuld verstanden werden dürfe, nicht von der Schuld, die durch richterliches Ermessen vermittels Urtheils vielleicht entstehen kann, und er schliesst hieraus, dass, wer eine incerta intentio habe, nie auf decem dare oportere klagen dürfe, trotzdem bei richtig abgefasster Intentio der Richter vielleicht auf dieselbe oder eine noch grössere Summe gesprochen haben würde. Nur Wenige haben diese Interpretation angenommen; sie wird in der That den Worten nicht gerecht; man mag mit Keller und Krüger[3]) die Stelle davon verstehen, dass das Wort oportet nicht auf die subjective Macht des Geschwornen, höher oder niedriger zu condemniren abgestellt ist sondern auf die objectiv nach Massgabe des ius civile feststehende Thatsache; oder mit Bekker[4]) dahin, dass das Wort oportet den wahren Bestand der Obligation bezeichnet, während der Geschworene veranlasst sein kann, nach Umständen (z. B. weil an anderem Orte geklagt ist) auf mehr oder weniger zu condemniren; jedenfalls ist die Savignysche Schlussfolgerung unhaltbar.

Ich hoffe, dass man der Annahme eines Selbstschätzungsrechts nicht Stellen wie die folgende entgegensetzen wird:

> l. 7 D. de cond. ind. 12, 6: quod indebitum per errorem solutum est, aut ipsum aut tantundem repetitur; cf. l. 25 i. f. D. pr. verb. 19, 5.
>
> l. 65 § 6 D. eod.: in frumento indebito soluto et bonitas est, et si consumsit frumentum, pretium repetet.

Diese Stellen stellen den regelmässigen Rechtssatz dar, d. h. ohne Rücksicht auf das Selbstschätzungs-

---

3) Keller in Hall. Lit. Zeitg. 1846. II, 255 f.; Krüger, Cons. S. 70 N. 9.

4) Bekker, Aktionen 1, 327 f.

recht, welches erst durch die Existenz einer besonderen, es ermöglichenden Klage (der cond. certi) durchführbar ist. Wie wenig die classischen Juristen gewillt sind, in solchen Stellen das Selbstschätzungsrecht zu negiren, zeigt die l. 8 pr. D. de cond. furt. 13, 1:

> In re furtiva condictio ipsorum corporum competit; sed utrum tamdiu quamdiu exstent an vero, etsi desierint esse in rebus humanis? Et si quidem obtulit fur, sine dubio nulla erit condictio; si non obtulit, *durat condictio aestimationis eius*, corpus enim ipsum praestari non potest.

Der Jurist lehrt zunächst, dass die cond. furtiva auf das gestohlene Gut geht; wie aber, wenn dasselbe zufällig untergegangen ist? Seine Antwort lautet: *durat* condictio aestimationis eius, si fur non obtulit; das durat bedeutet, dass die Condictio von Anfang an entweder auf das gestohlene Gut oder auf den Werth gerichtet werden konnte, durch den zufälligen Untergang ist zwar die erstere, nicht aber die letztere unmöglich geworden; hätte der Jurist dies nicht sagen wollen, so hätte er schreiben müssen: *erit* condictio aestimationis eius. So ist diese Stelle ein Zeugniss für das Selbstschätzungsrecht. Anerkannt ist das letztere in der anderweitig vielbesprochenen l. 72 pr. D. de v. o. 45, 1:

> stipulationes non dividuntur earum rerum, quae divisionem non recipiunt, veluti viae itineris actus aquae ductus ceterarumque servitutum; idem puto et si quis faciendum aliquid stipulatus sit, ut puta fundum tradi vel fossam fodiri . . . Celsus tamen refert Tuberonem existimasse, ubi quid fieri stipulemur, si non fuerit factum, pecuniam dari oportere ideoque etiam in hoc genere dividi stipulationem; *secundum quem Celsus ait posse dici, iusta aestimatione facti dandam esse petitionem.*

Wenngleich Servituten und Opera untheilbar sind, so weichen sie doch darin ab, dass jene durch einen rein juristischen Act, diese hingegen durch menschliche Arbeit zur Entstehung gelangen. In Folge dessen ist die Bestellung einer Servitut Seitens eines Miteigenthümers nur dann von Bedeutung, wenn die Bestellung Seitens der anderen Miteigenthümer hinzukommt; dahingegen ist die theilweise Arbeit eine Leistung, auch wenn das Werk nicht vom Verpflichteten vollendet wird. Diesen Gegensatz hebt Tubero hervor; er muss sich bei der Geldcondemnation äussern; die Verurtheilung der Servitutschuldner muss den ganzen Servitutwerth umfassen; bei der Verurtheilung der Opusschuldner muss der Werth des theilweis Geleisteten (justa aestimatio facti) in Anschlag gebracht werden; Celsus fügt nun hinzu, es könne in einem solchen Falle der Gläubiger des Opus sofort auf den Geldwerth des Opusrestes klagen, d. h. er erkennt an, dass Kläger das Selbstschätzungsrecht habe und statt der Contractsklage die cond. certi anstellen könne. Man wird mir vielleicht einwenden, dass hiemit zu wenig bewiesen sei; besteht das Selbstschätzungsrecht für den Opusgläubiger, so besteht es auch für den Servitutgläubiger; warum (so wird man fragen) gewährt Celsus es bloss jenem? In früherer Zeit glaubte man einen juristischen Unterschied zwischen der Obligation auf eine Servitut und derjenigen auf ein Opus machen zu müssen; man erklärte, dass die obl. faciendi, sobald die Zeit der möglichen Ausführung verstrichen sei, sich in eine Geldschuld verwandle; hiegegen hat Savigny mit Recht Einspruch erhoben[5]). Die Meinung des Celsus ist aber garnicht die, dem Servitutgläubiger das Selbstschätzungsrecht abzusprechen; er meint nur,

---

[5]) Obl. R. 1, 361 Note h.

dass, wenn der Servitutgläubiger hiervon Gebrauch macht, er den vollen Geldwerth der Servitut einklagen dürfe, selbst wenn die Servitut von einem der Schuldner bestellt ist, während der Opusgläubiger die theilweise Ausführung des Opus in Anschlag bringen müsse, d. h. die Theilbarkeit zeigt sich nur beim Opus.

Nur unter Annahme des Selbstschätzungsrechts wird verständlich die berühmte

> l. 9 pr. D. de reb. cr. 12, 1: (Ulp.) certi condictio competit ex omni causa, ex omni obligatione, ex qua certum petitur; sive ex certo contractu petatur sive ex incerto; licet enim nobis ex omni contractu certum condicere, dummodo praesens sit obligatio; ceterum si in diem sit vel sub conditione obligatio, ante diem vel conditionem non potero agere.

Man sollte meinen, dass die Deutlichkeit der Stelle nichts zu wünschen übrig lässt[6]); es heisst: ex *omni* causa, ex *omni* obligatione, ex certo contractu sive ex incerto, ex *omni* contractu. Sie ist denn auch der Angelpunkt gewesen, um welchen sich der Streit in unserem Jahrhundert drehte. Savigny (Beil. XIV. No. XXIII.) sucht unsere Meinung durch die Worte der l. 9 «ex qua certum petitur» zu widerlegen; diese Worte sollen besagen:

> «wenn das Rechtsverhältniss so geeignet ist, dass daraus die Zulässigkeit einer cond. certi hergeleitet werden kann, so kommt dann auf die übrige Natur und Benennung desselben nichts an».

Mit anderen Worten: die cond. certi setze gewisse positive Bedingungen voraus (die Vermögensvergrösserung), Ulpian gebe dieselben nicht ausdrücklich an,

---

[6]) Krüger, Cons. S. 105 ff.

aber er weise doch auf dieselben mit den Worten «ex qua certum petitur» hin, und nur bei Vorhandensein der Bedingungen[7]) sei es gleichgiltig, ob ein Contract oder ein anderes Verhältniss, ob ein gewisser oder ein ungewisser Contract zu Grunde liege. Diese Argumentation hat sich Bekker[8]) nicht zu Eigen gemacht, trotzdem er sich zu der Ansicht bekennt, dass die Condictio nur aus gewissen Obligationen angestellt werden könne; er giebt zu, dass die gegnerische Meinung aus l. 9 cit. herausgelesen werden könne; und in der That ist die Savigny'sche Interpretation von «ex qua certum petitur» schlechthin unzulässig; im Sinne Savigny's hätte es heissen müssen: ex qua certum peti potest; auch fügt Ulpian, der seine Regel wiederholt, eine Beschränkung hinzu, aber nicht im Savigny'schen Sinne sondern um bedingte und betagte Ansprüche von der certi condictio auszuschliessen[9]):

> licet enim nobis ex omni contractu certum condicere, *dummodo praesens sit obligatio; ceterum si in diem sit vel sub conditione obligatio, ante diem vel conditionem non potero agere.*

Besonders verfehlt ist die Savigny'sche Interpretation der Worte «sive ex incerto (contractu)»; Savigny versteht darunter «ungefähr das was die Neueren Innominatcontracte nennen[10]),» und stellt nicht bloss das Darlehn sondern auch *jede* Stipulation (auch die auf incertum) sowie den Kauf unter die certi contractus,

---

[7]) D. h. die Condiction kann «bei Gelegenheit» eines Contracts entspringen; Savigny a. a. O. S. 586.

[8]) Actionen 1, 136 ff.

[9]) Anders bei anderen Klagen, s. Bekker, Actionen 1, 331—334.

[10]) A. a. O. S. 581 Note c. Diese Auffassung theilen auch einige Glossatoren, s. die Glosse ex certo zu l. 9 pr. D. de r. cr. 12, 1.

während doch die Quellen[11]) streng zwischen stip. certa und incerta je nach dem Gegenstande unterscheiden, und während ferner in l. 1 § 6 D. de const. pec. 13, 5 der Kauf sammt der Dotalschuld (rei uxoriae actio) und der Schuld eines Vormunds zu den contractus incerti gerechnet wird. Die Worte «ex incerto contractu» besagen also: auch aus einem Kaufcontracte kann die cond. certi angestellt werden, es sei auf den Kaufpreis es sei auf das Interesse, vorausgesetzt dass letzteres vom Kläger sofort in Gelde geschätzt und eingeklagt wird. Dieser Sinn kann aus dem § 1 der Lex mit Sicherheit nachgewiesen werden:

> l. 9 § 1: competit haec actio etiam ex legati causa et ex lege Aquilia, sed et ex causa furtiva per hanc actionem condicitur, sed et si ex senatusconsulto agetur, competit haec actio, veluti si is cui fiduciaria hereditas restituta est, agere volet.

Ich meine zunächst die Worte: sed et ex causa furtiva per hanc actionem condicitur; dass nämlich als Diebstahlsklage eine condictio gebraucht werden könne, und dass dies, falls eine bestimmte Geldsumme gestohlen wurde, die cond. certi sein müsse: das wahrlich brauchte Ulpian nicht mit so volltönenden, eine auffallende Rechtserscheinung motivirenden Worten anzukündigen; er will vielmehr sagen: die cond. certi kann bei jedem Diebstahl angestellt werden, gleichviel welches dessen Object gewesen; nur muss der Kläger, falls etwas anderes als Geldstücke gestohlen worden sind, bei der Klageanstellung eine Schätzung in Gelde vornehmen. So fasste die Stelle Cyrillus auf, der doch gewiss ein vollgiltiger Zeuge über den Rechtszustand der Justinianischen Zeit ist:

---

11) l. 74. l. 75 D. de v. o. 45, 1. Savigny giebt zu, dass seine Auslegung mit diesem Sprachgebrauch nicht harmonirt.

Heimbach II, 595: *τοσοῦτον δὲ καὶ ἀπὸ ἐνοχῆς ἐξ ἁμαρτήματος τικτομένης κινεῖται ὁ παρὼν κονδικτίκιος, ὅτι καὶ κλοπῆς γενομένης χώρα γίνεται τῷ φουρτίβῳ κονδικτικίῳ. δυνατὸν δέ ἐστιν, καὶ τὸν παρόντα κονδικτίκιον, ὡς γενικὸν ὄντα καὶ ἐν ἑαυτῷ καὶ τὸν φούρτιβον περιφέροντα κονδικτίκιον, κινεῖσθαι καὶ κατ' ἐκείνου.* (Vers. Heimb.: in tantum autem ex obligationibus, quae ex delicto nascitur, intenditur praesens condictio, ut et si furtum factum sit, locus sit condictioni furtivae; possit autem adversus furem etiam certi condictio moveri *tanquam generalis et condictionem furtivam circumferens.*

Das Gesagte gilt auch von den Worten: competit haec actio etiam ex legati causa et ex lege Aquilia[12]); die später anzuführenden Scholien lassen darüber keinen Zweifel (S. 100 f.); vom Savigny'schen Standpunkt aus würde man höchstens begreifen, dass Ulpian in diesen Fällen eine condictio überhaupt für zulässig erklärt; aber dies ist nicht das Thema Ulpian's, er will gerade die cond. *certi* für zulässig erklären. Und wie gezwungen interpretirt Savigny (a. a. O. S. 587) die letzten von dem Universalfideicommiss handelnden Worte! Er versteht darunter «eine in der Erbschaft enthaltene Condiction, die etwa aus einem Darlehn oder aus einer Stipulation des Verstorbenen entstanden war,» während doch die Worte «si is, cui fiduciaria

---

[12]) Was die l. Aquilia betrifft, so kommen in der coll. l. Mos. et Rom. zweimal (II, 4 u. XII, 7) folgende Worte vor: Ulp. l. XVIII ad ed. sub titulo: si fatebitur iniuria occisum esse in simplum et cum diceret (eine Hands. hat dicere, zwei docere). Die letzten Worte bedürfen offenbar der Conjectur, und Huschke (Ztschr. f. gesch. Rechtsw. 13, 32) will «ut condiceret» gelesen wissen. Selbstverständlich darf man aus einer Conjectur kein Argument zur Widerlegung ableiten.

hereditas restituta est, agere volet» auf einen viel grösseren Umfang hinweisen; gemeint ist der Fall, dass der heres fiduciarius zwar die Restitutions*erklärung* abgegeben, aber dieselbe nicht durch die That verwirklicht hat — ein Fall, von welchem es in l. 27 § 11 D. ad sct. treb. 36, 1 heisst: ... necessarium est, actionem adversus eum fideicommissario dari; es mag sein, dass unter der actio bei körperlichen Sachen die rei vindicatio verstanden werden kann[13]); aber so sicher dem Vindicationslegatar nach classischem Recht neben der rei vindicatio die persönliche Klage zusteht[14]), ebenso sicher verliert der Universalfideicommissar durch die Restitutionserklärung nicht seine persönliche Klage gegen den Fideicommissar; statt derselben (meint Ulpian in l. 9 § 1) kann er die cond. certi gebrauchen[15]).

Bekker, der zweite eingehendste Schriftsteller in unserer Materie, räumt nicht bloss ein, dass unser Satz aus l. 9 cit. herausgelesen werden könne; er macht das gleiche Zugeständniss von einer Reihe anderer Leges. In l. 28 § 4 D. de iurei. 12, 2 wird die exc. iurisiurandi nicht bloss für den Fall gegeben, dass nach geleistetem Eide dieselbe Klage (actio mandati, negot. gestorum, societatis ceteraeque similes) wiederholt wird sondern auch dass «ex iisdem causis certum condicatur.» In l. 5 D. de exc. rei iud. 44, 2 wird der Begriff der eadem res untersucht, und es wird als eadem res erklärt, trotzdem an Stelle der act. mandati die act. negotiorum gestorum oder die con-

13) Denn durch die Restitutionserklärung erwirbt der Universalfideicommissar das bonitarische Eigenthum, l. 63 pr. D. ad sct. treb. 36, 1.

14) l. 33. l. 85 D. de leg. 1 (30).

15) Im Scholion Stephani (bei Heimbach II, 597 und unten S. 107 f.) steht diese Auslegung.

dictio angestellt wird. Nach l. 17 § 2 D. rer. am. 25, 2 kann der Ehegatte, welchem vom anderen Gatten Sachen mit Rücksicht auf bevorstehende Scheidung entwendet worden sind, statt der act. rer. amotarum die certi condictio anstellen. Andere Stellen mit ähnlichem Inhalt werde ich später in anderem Zusammenhange mittheilen. Aber Alles dieses hält Bekker nicht für entscheidend; seine Gegengründe sind im Wesentlichen zwei.

Einmal weist er darauf hin, dass eine Condiction des ex vendito zu fordernden Preises unerhört ist. Hierauf ist zu erwiedern, dass, wenn auch nicht die Condictio des Kaufpreises, so doch etwas Anderes gleich schwer Wiegendes nicht unerhört ist: die Einziehung einer Societätsschuld wird (von Fannius in dem Processe gegen Roscius) mit der cond. certi statt mit der act. pro socio geltend gemacht, und es nimmt dort der Kläger, der das Miteigenthum an einem Grundstück beansprucht, dessen Schätzung vor, um hierauf die cond. certi anzustellen. Freilich werden wir in dem Processe über die Gründe belehrt, welche den Kläger geleitet haben; denn dass es ein höchst gewagtes Beginnen ist, die Schuld aus einem contractus bonae fidei mit der cond. certi einzuklagen, dass man z. B. bei der geringsten Mehrschätzung den Process wegen pluris petitio verliert, erkennt Bekker selbst an; das Wagniss unterbleibt, wenn es nicht durch gewisse Umstände gerechtfertigt wird. Welche Umstände den Fannius bewogen haben, werden wir in § 13 sehen; ich füge einen Fall aus der Lehre von der Sachbeschädigung hinzu; wenn der Beklagte die Sachbeschädigung einräumt, so soll er angehalten werden, eine bestimmte Summe zuzugestehen (l. 6 pr. D. de conf. 42, 2); wenn nun dies geschehen ist, der Kläger aber diese Summe zurückweist: sollte der Prä-

tor hier nicht den Kläger zur Anstellung der cond. certi gezwungen haben? In der Macht des Prätors lag es: er konnte die act. l. Aquiliae ihm verweigern; aber ebenso war es durch die Lage der Sache gerechtfertigt: der Prätor konnte von dem Kläger verlangen, dass er für die Richtigkeit seiner Schätzung einstehe.

Sodann hebt Bekker die Stellen hervor, in welchen auf die reale Grundlage der concurrirenden Condiction ausdrücklich hingewiesen wird; es sind dies Fragmente, welche von Bereicherungscondictionen handeln, und er schliesst daraus, dass die Condictio einen bestimmten materiellen Rechtsgrund voraussetze. Allein solche Stellen schlagen viel eher in einen Beweis für das Gegentheil um. Ist nämlich die Condictio eine abstracte Klage, so bedarf sie einer Begründung zwar nicht in iure, aber doch in iudicio; nun war doch der Bereicherungsbegriff zur Zeit der classischen Juristen sicherlich noch ein flüssiger (— er ist es ja leider noch heute —), und es musste deshalb von den Juristen die Frage, ob die vorliegenden Thatumstände eine für die Condictio genügende Bereicherung enthalten, untersucht werden; die Untersuchung war überflüssig, wo es sich um eine Condictio auf Grund eines altcivilen Begriffs (Darlehn, Stipulation) handelte; sie war bei Bereicherungsklagen um so nothwendiger, als die Begründung der Condictio (nicht bloss die thatsächliche sondern auch die juristische) vor dem Geschworenen erfolgte, d. h. vor einem Manne, welcher der juristischen Anleitung bedurfte, welcher, wenn er diese Anleitung nicht erhielt, sicherlich der Versuchung erlag, nach dem Gefühle Recht zu sprechen.

Bekker glaubt noch ein drittes Argument darin zu besitzen, dass er unter Hinweis auf den Process des Schauspielers Roscius freimüthig erklärt: wenn die condictio certi jemals persönliche Ansprüche aller

Art in sich aufzunehmen vermochte, so habe sie dies schon zu Cicero's Zeit vermocht. Offenbar hofft er, dass Niemand den Muth einer solchen Behauptung haben werde; aber die Behauptung verliert allen Beigeschmack des Kühnen und sie wird zur unabweislichen Consequenz, wenn die Condictio eine abstracte Klage ist; denn diesen Character konnte sie unmöglich erst durch allmähliche Rechtsentwicklung erlangen, er musste ihr von Anfang an innewohnen.

Mit aller Sicherheit wird die Meinung, dass die cond. certi gleichsam das Gefäss für allerhand persönliche Ansprüche sei, von den Scholiasten ausgesprochen; gewöhnlich nennt man sie Basilikenscholiasten, allein die grösste Anzahl derselben sind Scholiasten der Justinianischen Codification; ihre Erläuterungen zu der letzteren sind, um mich eines treffenden Ausdrucks von Rudorff[16]) zu bedienen, zur «officiellen Interpretatio der Basiliken» gemacht worden; sie haben aber nicht ihre Beziehung zur Justinianischen Codification verloren[17]), sie citiren in ihren Erläuterungen nicht den Text der Basiliken sondern den der Justinianischen Compilation und legen vollgiltiges Zeugniss für den Rechtszustand zu Zeiten Justinian's ab[18]). Wie nun

[16]) Röm. Rechtsgeschichte 1, 356. Ueber die einzelnen Scholiasten s. den Aufsatz von Heimbach in Ztschr. f. Rgesch. 2, 319—340.

[17]) Man hat dies vielleicht deshalb vergessen, weil in der Heimbach'schen Ausgabe der Basiliken die Justinianischen Scholiastenaussprüche mit denjenigen der späteren Basilikenscholiasten ununterschieden abgedruckt sind. Zachariae von Lingenthal hat dies getadelt, und im praemonitum vol. V p. 6 sq. erkennt Heimbach den Vorwurf als richtig an.

[18]) Die Basilikenscholien bestehen demnach 1) aus kurzen Interlinear- und Marginalglossen, 2) Auszügen aus den Justinianischen Juristen (*παραγραφαὶ τῶν παλαιῶν*), 3) Auszügen aus diesen Excerpten und späteren Juristen (*νέαι παραγραφαί*); vgl. Rudorff a. a. O. S. 356. 357.

sollte die nachclassische Zeit zu dieser Auffassung der cond. certi auf selbständige Weise gelangen? Derjenige Rechtssatz, welcher (abgesehen von der abstracten Natur einer jeden Condictio) ebensosehr die Voraussetzung wie die treibende Kraft des generellen Characters der cond. certi bildete, war in der nachclassischen Zeit geschwunden: die Geldcondemnation war keine allgemeine mehr; viel begreiflicher wäre es, wenn nunmehr die cond. certi auf die Ansprüche beschränkt worden wäre, welche von vornherein auf Geld gingen; dass sie trotzdem einen generellen Character noch in nachclassischer Zeit besitzt, kann also unmöglich als Neubildung sondern nur als Fortdauer erklärt werden — eine Erscheinung, welche bekanntlich bei unzähligen anderen Rechtssätzen sich wiederholt. Den Scholiasten der Justinianischen Compilation ist die Natur der cond. certi so geläufig, dass sie ihr einen neuen Namen beilegen (wenn er sich nicht schon vor ihrer Zeit in der nachclassischen Praxis gebildet hatte): condictio generalis, *κονδικτίκιος γενικός*; der Name ist in den Text der Basiliken übergegangen, von dort zu den echten Basilikenscholiasten gelangt, und findet sich wiederum bei den Glossatoren — ein unwiderleglicher Beweis, dass die Wissenschaft des Römischen Rechts nie untergegangen sondern ununterbrochen bis zu den Glossatoren lebendig geblieben ist.

Ich stelle die Aussprüche von Scholiasten der Justinianischen Compilation zusammen; in den meisten wird neben der generellen Natur der cond. certi zugleich das klägerische Schätzungsrecht hervorgehoben, welches den Schlüssel der ersteren bildet; in dem einen Scholion berichtet Stephanus, dass Theophilus das Schätzungsrecht übersehen habe, und demgemäss zu einer beschränkteren Anwendung gekommen sei; er rectificirt ihn deshalb, und er fügt hinzu, dass mit

der klägerischen Schätzung allerdings die Gefahr der pluris petitio verbunden sei. Kurz, wenn man die Scholien liest, so hat man ein vollständiges, in bestimmten Linien ausgeführtes Bild des damaligen Rechtszustandes vor sich; nirgends Unklarheit, noch weniger eine Lücke, so dass alle Zweifel schwinden, welche die S. 91 ff. dargestellten Leges zurücklassen möchten. Ich scheide die Scholien in zwei Classen: in solche, in denen *allgemein* meine Auffassung der cond. certi gelehrt wird, und in solche, welche sie bei *Einzelfällen* angewendet wird.

Erste Classe. Hier existirt ein Scholion von Cyrillus und ein anderes von Stephanus[19]) zu l. 9, und eines von Stephanus zu l. 4 D. de reb. cr.[20]):

Cyrillus: (ἀπὸ πάση ςαἰτίας) .... τὸ οὖν ἐκ πάσης αἰτίας εἴρηται, οὐ πρὸς τὰς ἲν ῥέμ, ἀλλὰ πρὸς πᾶσαν αἰτίαν εἴτε κοντραένδι εἴτε δονάνδι ἀνίμῳ κατέστη τις ἔνοχος. ὥστε οὐ μόνον ἀπὸ τῶν τεσσάρων ἐνοχῶν, τῆς ῥέ τῆς βέρβις τῆς λίτερις καὶ τῆς κονσένσου κινεῖται ὁ παρῶν κονδικτίκιος, ἀλλὰ ἐκ τῶν ἰσαρίθμων ταύταις ἐνοχῶν, τουτέστιν ἀπὸ κλοπῆς, ἀπὸ ζημίας, ἀπὸ ἁρπαγῆς καὶ ἀπὸ ὕβρεως. κἂν γὰρ οὐκ ἔστιν ἡ ζημία δήλη, ὅμως διατιμᾶται ταῦτα ὁ παθών (Quod igitur ait ex omni causa, non pertinet ad actiones in rem sed ad omnem causam sive contrahendi sive donandi animo quis obligatus sit; itaque non solum ex quadriga obligationum: re, verbis, literis et consensu, certi condictio competit sed ex quadriga etiam delictorum, id est ex furto, ex damno, ex rapina et ex iniuria; *licet enim damnum certum non sit, tamen qui passus est, ea aestimat*).

---

19) Heimbach, Basil. II, 595 sq.

20) Heimbach l. c. p. 591.

Stephanus: . . . *βλέπε γάρ, πῶς ἀδιαστίκτως ὁ νόμος ἐπιφέρει λέγων, ἀπὸ παντὸς συναλλάγματος ἔξεστιν ἡμῖν κέρτως κινεῖν. Θεόφιλος μὲν ὁ μακαρίτης φησίν, μήτε ἀντὶ τῆς ἰν φακιένδο ἐπερωτήσεως μήτε ἀντὶ τῆς ἐξ ἔμτο, ἣν ὁ ἀγοραστὴς δύναται κινεῖν, κινεῖσθαι τὸν κονδικτίκιον, καθὸ ἡ μὲν ἰν φακιένδο ἐπερώτησις κατὰ φύσιν ἰνκέρτα ἐστί. τῶν γὰρ συναλλαγμάτων τὰ μὲν κατὰ φύσιν ἰνκέρτα εἶναί φησι, ὡς τὰς ἰν φακιένδο ἐπερωτήσεις, τὰ δὲ διὰ τὴν συναλλασσάντων ἄγνοιαν, ὡς ἔνθα τις ἐπερωτᾷ τὰ ἐν τῇ κιβωτῷ· καὶ ἐπὶ μὲν τῶν κατὰ φύσιν ἰγκέρτων οὔ φησι κινεῖσθαι τὸν κονδικτίκιον· ἐπὶ δὲ τῶν ὅσα μὴ κατὰ φύσιν, ἀλλὰ διὰ τὴν ἄγνοιαν τῶν συναλλασσόντων ἐστὶν ἴγκερτα, κινεῖσθαί φησι τὸν κονδικτίκιον· ἐπειδὴ ὁ ἀγοραστὴς*[21]) *καλῶς λέγει, σὶ πάρετ δάρε· οὔτε γὰρ ἀνάγκη τὸν πράτην δεσπότην ποιεῖν τὸν ἀγοραστήν, ἀλλὰ μόνον αὐτῷ τραδιτεύειν ἀναγκάζεται τὸν πεπραμένον καὶ ἐπερωτᾶσθαι τὴν περὶ ἐκνικήσεως δούπλαν. ταῦτα μὲν οὖν ὡς εἶπον Θεόφιλος ὁ μακαρίτης. δῆλον δὲ, ὅτι ὁ φάκτον ἐπερωτήσας οὐ δύναται διὰ τοῦ κονδικτικίου αὐτὸ ἰδικῶς τὸ φάκτον ἀπαιτεῖν· οὔτε γὰρ ὁ ἀγοραστὴς αὐτὸ τὸ πρᾶγμα ἤτοι τὸ διαφέρον διὰ τοῦ κονδικτικίου τὸν πράτην ἀπαιτεῖ· ἑκάτερον μέντοι αὐτῶν διατιμησάμενος καλῶς τὸν κέρτον κινεῖ κονδικτίκιον· γενικῶς γὰρ καὶ ἀδιαστίκτως φησὶν ὁ Οὐλπιανός, ἀπὸ παντὸς συναλλάγματος κέρτου τε καὶ ἰγκέρτου δύνασθαι ἡμᾶς τὸν κονδικτίκιον κέρτον κινεῖν. ἑτέρῳ δὲ λόγῳ τὸν τῆς πλοῦς πετιτίονος κίνδυνον ἑαυτῷ παρατίθησιν ὅτι*[22]) *τὸ φάκτον ἐπερωτήσας καὶ ὁ ἀγοραστής.* (Ob-

---

21) Der Sinn erfordert hier den Zusatz eines *οὐ*, was auch Fabrot emendirt und Heimbach in der Uebersetzung hinzugefügt hat. Auf unsere Streitfrage hat die Conjectur keinen Einfluss.

22) Fabrot conjicirt mit Recht: *ὅ τε*.

serva enim, quomodo lex indistincte dicat: *ex omni contractu licet nobis certum condicere.* Theophilus tamen beatae memoriae ait, nec pro stipulatione, quae in faciendo consistit, nec pro actione ex emto, qua emtor uti potest, condictionem intendi posse, quatenus stipulatio, quae in faciendo consistit, incerta est. Contractuum enim quosdam secundum naturam incertos esse ait, ut stipulationes in faciendo; quosdam propter contrahentium ignorantiam, ut cum quis stipulatur quae in arca sunt. Et in his quidem, qui secundum naturam incerti sunt, ait cessare condictionem; in his autem, qui non secundum naturam sed propter contrahentium ignorantiam incerti sunt, ait condictionem intendi. In actione autem ex emto emtor (non) recte dicit: *si paret dare;* neque enim venditor necesse habet, emtorem dominum facere, sed tantum rem venditam tradere compellitur et evictionis nomine duplam promittere. Haec ut dixi Theophilus beatae memoriae. Manifestum autem est, eum, qui factum stipulatus est, non posse specialiter factum ipsum per condictionem petere; neque emtor rem ipsam vel quod eius interest per condictionem a venditore petit; *si tamen utrumque aestimaverit, recte certi condictionem intendit;* generaliter enim et indistincte Ulpianus ait, ex omni contractu certo et incerto posse nos certi condictione agere. *Ceterum in plus petitionis periculum incidit tam qui factum stipulatus est quam emtor).*

Stephanus (bei Heimbach II, 591): ... *γενικὸς γὰρ ὢν ὁ παρὼν κονδικτίκιος καὶ περιέχων τὸ ἰνδέβιτον καὶ τοὺς ὑπὸ τὸν ἰνδέβιτον ἀναγομένους, ἤτοι τὸν καῦσα δάτα καῦσα νὸν σεκοῦτα, τὸν ὀβ τοῦρπεμ βὲλ ἰνιούσταμ καῦσαμ καὶ πρὸς τούτοις καὶ τὸν*

γενικώτατον τοῦ ἰνδεβίτου, λέγω δὲ τὸν σίνε καύσα κονδικτίκιον, καὶ τὸν φούρτιβον, ἔνθα μὲν κινεῖται κατὰ τὴν αὐτοῦ φύσιν καὶ ἰδιότητα καὶ κυρίως ἀπὸ κέρτης ἐπερωτήσεως· μηδενὸς γὰρ ἑτέρου τικτομένου ἐξ αὐτῆς τῆς κέρτας ἐπερωτήσεως αὐτόθι ὁ κέρτος γενικὸς τίκτεται κονδικτίκιος, ὡς ὁ Οὐλπιανὸς ἐν τῷ κδʹ διγ. τοῦ παρόντος τιτ. φησίν. ἀπὸ μὲν γὰρ τῶν ἄλλων συναλλαγμάτων καὶ αἰτιῶν ἄλλη τις προτίκτεται προτέρα ἀγωγή, οἷον ἐξ ἔμπτο, λοκάτο, δεινειακὸς κονδικτίκιος, δεποσίτου, κομμοδάτου, καὶ οὐδὲν ἧττον ἀπ' αὐτῶν ὁ κέρτος γενικὸς κονδικτίκιος ἀναδυόμενος τὴν ἤδη λεχθεῖσαν ἀγωγὴν ὡς γένος κινεῖται· ἀπὸ δὲ κέρτης ἐπερωτήσεως οὐδὲν ἕτερον τίκτεται ἢ μόνος ὁ κέρτος γενικὸς κονδικτίκιος (cum enim praesens condictio *generalis* sit et complectatur condictionem indebiti et quae ad eam referuntur, id est cond. causa data causa non secuta, cond. ob turpem vel ob iniustam causam et praeterea generalissimam indebiti, cond. scilicet sine causa, et furtivam, quando intenditur secundum naturam eius et proprietatem, et proprie condictionem ex stipulatione certa; nam cum nulla alia ex ipsa stipulatione certa oriatur, statim certi condictio generalis nascitur, ut ait Ulp. dig. 24 h. t. *Nam ex aliis quidem contractibus et causis alia quaedam nascitur actio prior, utputa ex emto, locato, condictio ex mutuo, act. commodati, depositi, et nihilominus ex iisdem certi condictio generalis induens actionem iam dictam velut genus intenditur; ex certa autem stipulatione nulla actio nascitur praeter solam generalem certi condictionem.*

Zweite Classe. Hier existiren mehrere Scholien von Cyrillus und Stephanus; sie beziehen sich nicht

bloss auf die in l. 9 § 1 angeführten Fälle sondern auf noch andere.

1. Stipulatio in faciendo:

Stephanus[23]): ... ἔστι δὲ καὶ ἰν φακιένδο, τουτέστιν ἐν ποιήσει ἐπερώτησις· ἀλλὰ δύναμαι διατιμώμενος καὶ αὐτὴν φανερόν τι καὶ ὡμολογημένον ἀπαιτεῖν. (Est et in faciendo stipulatio; possum autem et eius aestimatione facta certum condicere).

2. Emtio venditio.

Hierher gehört das oben S. 103 in der ersten abgedruckte Scholion des Stephanus.

3. Legat.

Stephanus[24]): ... τὰ τοιαῦτα (scil. λεγάτα), εἰ μὲν ἀργύριά εἰσι, διὰ τοῦ παρόντος κονδικτικίου ἀπαιτῷ ἀναμφιβόλως. εἰ δὲ ἐν ἑτέροις εἴδεσι, δυνάμεθα διατιμησάμενοι τὸ πρᾶγμα καθ' ἑαυτοὺς τὸν τοιοῦτον κέρτον κινεῖν κονδικτίκιον (haec [legata], si quidem in pecunia consistunt, per certi condictionem haud dubio peto; si vero in aliis speciebus, possumus per nos rei aestimatione facta eadem certi condictione agere).

4. damnum iniuria datum.

Stephanus[25]): (καὶ ζημίας) δῆλον δὲ, ὅτι ἐν ᾧ διατιμησάμενος καθ' ἑαυτὸν τὴν γενομένην ζημίαν ὁ βλαβεὶς καὶ κέρτως κινεῖ. τί γάρ, ὅτι ἐφόνευσέ τις τὸν δοῦλόν μου ἄξιον ὄντα δέκα. κινήσω κέρτον κονδικτίκιον εἰς ἀπαίτησιν τῶν νούμμων. (Certum est autem, eam competere, quatenus damni dati laesus per se aestimationem fecit et certum petit; puta si quis servum meum occiderit dignum num-

---

23) Heimbach II, 597.
24) Heimbach II, 597.
25) Heimbach II, 597.

mis decem, certi condictionem intendam ad petitionem nummorum).

5. Furtum.

a. Cyrillus[26]); bereits oben S. 96 abgedruckt.

b. Stephanus[27]): *εἴτε ἀργύριά εἰσι τὰ κλαπέντα, κινεῖται ἀμάχως ἐπὶ κέρτης ποσότητος ὁ παρὼν κονδικτίκιος, εἴτε πρᾶγμα εἴη ἕτερον τὸ κλαπέν, δύναται διατιμώμενος αὐτὸ καθ' ἑαυτὸν ὁ κλαπεὶς κέρτως τὸν παρόντα κινεῖν κονδικτίκιον ἢ τὸν τριτικάριον, ὡς ἀνωτέρω σοι παραδέδωκεν· οὐ μόνον οὖν διὰ τοῦ φουρτίβου κονδικτικίου τὰ κλαπέντα δύναμαι μεθοδεύεσθαι, ἀλλὰ διὰ τοῦ παρόντος κονδικτικίου, κέρτου δηλονότι κινοῦντος*[28]) *τοῦ ἀργυρίου.* (Sive quae subtracta sunt pecuniae sint, citra controversiam certa quantitas condicitur, sive alia res est, quae subrepta est, qui furtum passus est, rei per se aestimatione facta certum condicere potest vel triticaria uti, ut iam supra tibi traditum est; non solum igitur per condictionem furtivam res subtractas petere possum sed et per certi condictionem, cum certa scilicet pecunia sit).

6. Universalfideicommiss:

Stephanus[29]): (*καὶ καθ' ὁμάδα φιδεικομμίσσου*) *ἀντὶ γὰρ τῶν οὐτιλίων ἀγωγῶν δύναται ὁ φιδεικομμισσάριος τὸν κέρτον κινεῖν κονδικτίκιον, διατιμησάμενος καθ' ἑαυτὸν τὸ πρᾶγμα, κατὰ κληρονόμου. ἀντὶ γὰρ τοῦ Τρεβελλιάνου δόγματος δύναται καθ' ἑαυτὸν διατιμησάμενος τὸ φιδεικόμμισσον κινεῖν τὸν κέρτον κονδικτίκιον· ὁ γὰρ φιδεικομμισσάριος τὸ Τρεβελλιάνειον ἔχει κατὰ τοῦ κληρονόμου.* (Nam

---

26) Heimbach II, 595.
27) Heimbach II, 597.
28) Fabrot emendirt mit Recht *ὄντος*.
29) Heimbach II, 597.

pro utilibus actionibus fideicommissarius certi condictionem intendere potest, aestimatione rei per se facta, contra heredem[30]); nam pro trebelliano scto aestimatione per se facta fideicommissi certi condictionem contra heredem movere potest; fideicommissarius enim Trebellianum habet adversus heredem.

Unter diesen Scholien hebe ich dasjenige von Cyrillus hervor, worin es heisst: *τὸν παρόντα κονδικτίκιον ὡς γενικὸν ὄντα*, certi condictionem tanquam *generalem*. Auch Stephanus nennt die cond. certi so in dem Scholion[31]) zu Basiliken XXIII, 1, 4 und 24 (entsprechend der l. 4 und l. 24 D. de r. cr. 12, 1): *ὁ κέρτος γενικὸς κονδικτίκιος*. Dieser Ausdruck kehrt im Text der Basiliken XXII, 5, 28 (es ist die der l. 28 D. de iurei. 12, 2 entsprechende Stelle) wieder, indem hier die cond. certi ein *λόγος*[32]) *γενικὸς* bezeichnet wird:

> *ἐὰν περὶ τοῦ αὐτοῦ πράγματος ἁρμόζουσι πολλαὶ ἀγωγαὶ καὶ μιᾷ ἐναχθεὶς ὀμόσω, ἔχω παραγραφὴν ὕστερον ταῖς ἄλλαις ἐναγόμενος. ἑτέρα γὰρ ἀγωγὴ ἑτέραν ἀναιρεῖ. οἷον ἔνθα τις ἐναχθεὶς τῇ περὶ μανδάτου ἢ τῇ περὶ διοικήσεως ἢ τῇ περὶ κοινωνίας ἀγωγῇ ἢ δι' ἐκκοπὴν δένδρων τῇ περὶ μισθώσεως ὀμόσει, καὶ ὕστερον περὶ τῶν αὐτῶν ἐνάγεται τῷ γενικῷ ἐπ' αὐταῖς λόγῳ ἢ τῇ περὶ δένδρων κλοπιμαίων ἐκτομῆς ἀγωγῇ ἢ τῇ Ἀκουιλίῳ ἢ τῷ κονὸδ*

[30]) Diese beiden bedeutsamen Worte hat Heimbach in der Uebersetzung vergessen; ohne sie könnte man meinen, dass Stephanus an die Klagen gegen Erbschaftsschuldner denke, und das wäre unrichtig, denn gegen die letzteren klagt der Universalfideicommissar nicht ex scto. Die Glosse fiduciaria zu l. 9 § 1 D. de r. cr. 12, 1 versteht unter der condictio die Klagen gegen die Erbschaftsschuldner.

[31]) Heimbach II, 591. 621.

[32]) *λόγος* ist die Gerichtsrede, also Klage.

βὶ αὐτ κλάμ. (Si ejusdem rei nomine competant plures actiones et una conventus iuravero, habeo praescriptionem postea reliquis conventus; una enim actio alteram tollit. Utputa si quis conventus actione mandati vel negotiorum gestorum vel pro socio vel propter arbores succisas ex locato iuraverit, et *postea ex iisdem causis conveniatur generali condictione* vel actione arborum furtim caesarum vel legis Aquiliae vel interdicto quod vi aut clam).

Die Bezeichnung *λόγος γενικὸς* findet sich auch in dem zu der Stelle gehörigen Scholion[33]). Demgemäss wenden auch die *späteren* Scholiasten der Basiliken die cond. certi in dem hier vertheidigten allgemeinen Sinne an[34]). Man ist versucht zu fragen, ob die Scholiasten in voller Sachkenntniss waren, ob sie die cond. certi gerade deshalb als allgemeine Klage betrachteten, weil sie ihr eine abstracte Natur beilegten; zu Justinian's Zeit hatte die Condictio diese Natur nicht mehr[35]), und daraus ist es ja zu erklären, dass die

---

33) Heimbach II, 551.

34) Vgl. Scholion 7 und die beiden von Nicaeus bei Heimbach II, 551 f.

35) Beachtenswerth ist die l. 3 C. de ann. exc. 7, 40; hier berichtet Justinian, es sei eine Streitfrage apud veteres, ob, wenn Jemand mehrere Forderungen habe, aber bloss Eine ohne Benennung der Causa einklage, alle Causae im Process begriffen seien oder bloss die älteste oder gar keine. Diese Streitfrage werde auch in Processen zu seiner (Justinian's) Zeit namentlich in der Hinsicht ventilirt, ob durch Geltendmachung der persönlichen Klage die Verjährung der hypothekarischen Klage unterbrochen werde und umgekehrt. Justinian entscheidet bejahend: die Verjährung werde bei allen Klagen unterbrochen. Ich bemerke, dass unter den veteres erst die nachclassischen Juristen verstanden werden können (denn Justinian erwähnt den libellus conventionis); die Streitfrage erklärt sich aus dem Wegfall des Formularverfahrens; der libellus

Compilatoren eine Reihe von Condictionen mit materieller Causa in die Codification aufgenommen haben; wir müssen demnach annehmen, dass die Scholiasten die aus der abstracten Natur fliessenden Rechtssätze bloss äusserlich festgehalten haben, ohne der Gründe sich bewusst zu sein. Ohne Zweifel gilt dies von den Bologneser Glossatoren; die Glosse beginnt ihre Interpretation der certi condictio mit den Worten:

> seu generalis quae continet sub se certi condictionem specialem, quae pro mutuo tantum datur . . . .

Dem Gegensatz von generalis und specialis condictio reiht sie dann noch eine condictio generalissima an, unter welcher sie die cond. sine causa versteht[36]); wegen dieser Ungereimtheiten fasst die Glosse die cond. certi nur halb in der richtigen Weise auf; man lese z. B. die Glosse ex omni causa und ex certo zu l. 9 D. de r. cr. 12, 1:

> . . . Item est bonum exemplum: stipulor factum et peto interesse, nam hic sola generalis locum habet . . . .
>
> . . . . Ex quo facto agitur duobus modis: ad factum praecise et tunc agitur actione ex stipulatu, item ad interesse et tunc agitur certi condictione; licet sit incertum prima facie, tamen per subtilitatem (?) iudicis in sententia fiet certum . . . .

---

conventionis ist nicht der solenne gesetzliche Ausdruck des Klagrechts (wie die Formel) sondern eine individuelle, freigewählte Fassung.

[36]) Glossa est haec species zu l. 1 D. de cond. s. c. 12, 7. Vielleicht hat die Glosse auch hier in dem Scholiasten Stephanus einen Vorläufer; denn er bezeichnet einmal die cond. sine causa als *τὸν γενικώτατον τοῦ ἰνδεβίτου*, generalissima indebiti; die Stelle ist oben S. 105 wörtlich angeführt.

Ferner die Glosse si quis certum zu l. 24 D. de r. cr. 12, 1:

... nam et ad incerta datur (cond. certi), puta ad interesse, si modo fieri non potest certum...

Die Glosse verlangt also zur cond. certi nicht eine von Anfang an bestimmte Geldsumme; sie begnügt sich mit der vom Richter fest bestimmten Geldsumme. In einer anderen Beziehung bestand eine Controverse unter den Glossatoren: nämlich ob mit der cond. certi bloss bestimmte Geldsummen oder auch andere bestimmte Sachen eingeklagt werden können; Bulgarus hatte die erstere, Martinus die letztere Meinung[37]).

Die Ansicht der Glosse bleibt bis in's 18. Jahrhundert; man greift zum Zweck ihrer Begründung zu den sonderbarsten Argumentationen; Noodt[38]) z. B. bringt alle Obligationen unter den Begriff der res creditae, und zwar die Delicte unter Berufung auf l. 52 D. de re iud. 42, 1 (in welcher die act. rer. amotarum als Klage ex male contractu et delicto bezeichnet wird) und auf Aristoteles. Im Einzelnen finden sich kleinere Abweichungen; ich hebe Cujacius und Donellus heraus, da eine ausführliche Dogmengeschichte sich aus den im § 2 gedachten Gründen nicht verlohnt. Cujaz[39]) hält an dem von den Glossatoren gemachten Unterschied zwischen cond. generalis und specialis fest, und er lässt mit der ersteren *alle* bestimmten Sachen (wie Martinus) condiciren, auch den Kaufpreis Seitens des

---

37) Haenel, dissens. dominorum p. 19 (vet. coll. § 28), p. 111 (Roger § 73); über die Anhänger der beiden Ansichten s. Haenel, l. c. p. 155 sq. (§ 49 und die Note g).

38) Ed. Col. v. 1732 tom. 2 p. 223. Aehnlich später Heffter (obs. ad Gai. p. 69) unter Berufung auf l. 4 D. de o. et. a. 44, 7 (... nam hae *re* tantum consistunt, id est ipso maleficio).

39) Opp. 7, 649 ff.

Verkäufers; allein es scheint, dass er das Selbstschätzungsrecht des Klägers nicht kennt, denn er giebt die cond. certi nicht bei dem Contract facio ut facias, quia facta incertis annumerantur. Donellus[40]) polemisirt gegen die Eintheilung der cond. certi in generalis und specialis, weil sie quellenwidrig und überflüssig sei; im Uebrigen giebt er die cond. certi dem Verkäufer auf den Kaufpreis, dem mit der act. l. Aquil. Klagenden (quia aestimatio certi corporis et ipsa certa est), nicht aber auf das Interesse, weil es incertum ist; von dem Selbstschätzungsrecht schweigt auch Donellus. Die Ansicht, dass die cond. certi an bestimmte Entstehungsgründe der Obligationen geknüpft sei, scheint zuerst in unserem Jahrhundert aufgestellt zu sein[41]). Zu einer gemeinen Meinung ist es vor Savigny nicht gekommen, und auch nach diesem Schriftsteller hat Keller's Widerspruch die Bildung einer solchen verhindert.

§ 9. Fortsetzung. Condictio triticaria.

Zunächst ist der Umfang derselben festzustellen.

Nach Savigny[1]) ist die cond. triticaria jede, die nicht auf bestimmtes baares Geld geht, also sowohl die auf bestimmte andere Sachen als die auf unbestimmte Gegenstände; so dass durch sie und die cond.

---

[40]) Opp. 10, 147 ff.

[41]) Vgl. Glück, 13, 1—9; Gans, Röm. Obl. S. 25 ff. 125—129. Heffter, obs. ad Gai. cap. 5; Zimmern, Civilpr. § 61 (dieser bringt die certi condictio sogar mit der manus iniectio in Verbindung); Hasse im Rhein. Mus. f. Jurispr. 6, 60. 61. 75 f.; Bachofen, de Rom. iud. civ. p. 189—193. 212. 229. 337; Huschke in den krit. Jahrb. 7, 483.

[1]) System 5, 626 f.

certi der ganze Umkreis der Condictionen erschöpft wird. Zum Beweise beruft sich Savigny auf die l. 1 pr. D. de cond. trit. 13, 3:

> qui certam pecuniam numeratam petit, illa actione utitur si certum petetur; *qui autem alias res*, per triticariam condictionem petet.

Dass nämlich unter den aliae res alle Vermögensobjecte ausser dem bestimmten baaren Geld zu verstehen seien, gehe aus den später angeführten Beispielen hervor: fundus vectigalis, Ususfructus, Besitz. Die Beispiele stehen theils in dem weiteren Fortgange der l. 1 cit. theils (Besitz) in l. 2.

Nun hat Rudorff[2]) von l. 1 cit. eine solche Interpretation gegeben, dass sie als Argument der Savignyschen Meinung nicht benutzt werden kann. Die Stelle lautet:

> quare fundum quoque per hanc actionem petimus, etsi vectigalis sit sive ius stipulatus quis sit veluti usumfructum vel servitutem utrorumque praediorum.

Rudorff macht darauf aufmerksam, die Stelle besage nicht, dass mit der cond. triticaria eine Emphyteuse, ein Ususfructus[3]) eingeklagt werden könne, sondern dass, wenn mit der cond. triticaria ein Grundstück eingeklagt worden ist, an welchem dingliche Rechte (Emphyteuse, Servituten) bestehen, die Existenz der letzteren der Klage nicht im Wege stehen; m. a. W. wer vom Eigenthümer des fundus vectigalis oder vom Proprietar des fundus fructuarius sich das Eigenthum des Grundstücks promittiren lässt, kann die cond. tri-

---

[2]) Rechtsg. 2, 147 Note 13.

[3]) Dieser ist ein Incertum, wenigstens pflichtet Ulpian der Ansicht derjenigen bei, welche ihn für ein Incertum erklären: l. 75 § 3 D. de verb. obl. 45, 1.

ticaria mit fundum dari oportere anstellen. Zweifel gegen die Zulässigkeit einer solchen Formel entstanden daraus, weil die öconomische Bedeutung des Ususfructus (noch mehr die des vectigalischen Rechts) die Römischen Juristen dazu veranlasst hatte, den Niessbrauch als pars dominii, allerdings nur in multis partibus aufzufassen[4]). Paulus warnt, diese Auffassung nicht zu weit zu treiben:

l. 25 D. de v. s. 50, 16: recte dicimus eum fundum nostrum esse, etiam quum ususfructus alienus est, quia ususfructus non dominii pars sed servitutis sit ut via et iter, nec falso dici totum meum esse, cuius non potest ulla pars dici alterius esse; hoc et Julianus et est verius.

In ganz demselben Sinne sagt Ulpian in der oben citirten l. 1 h. t., dass von einem fundus vectigalis resp. fructuarius nicht bloss ein nostrum esse sondern auch ein dari oportere intendirt werden könne.

Fällt nun auch die l. 1 cit. als Zeugniss der Savignyschen Meinung hinweg, so existirt doch unzweifelhaft ein anderes, wonach die persönliche Klage auf Realservituten die cond. triticaria ist:

l. 19 D. de serv. pr. rust. 8, 3: si unus ex sociis

---

4) l. 4. l. 33 § 1. D. de usufr. 7, 1; l. 76 § 2 D. de leg. II. (31); l. 49 D. de ev. 21, 2; l. 27 § 8 D. de pact. 2, 14; l. 58 D. de v. o. 45, 1. Im Mittelalter wurde viel darüber gestritten, und am verbreitetsten war die Meinung, dass der usufr. causalis eine pars dominii sei, nicht aber der usufr. formalis. In der neueren Zeit sind mannigfache Auffassungen zu Tage getreten; vgl. die Literaturnachweise bei Mandrea, de usufr. quasi parte dom. 1864; hinzugekommen sind Baron in krit. Ztschr. 7, 516; Degenkolb, Platzrecht S. 161 u. Windscheid § 200 Nr. 3. Interessant ist es, dass Goethe unter den Thesen, über welche er am 6. August 1771 disputirte, aufgestellt hat: ususfructus non dominii pars sed servitus est; vgl. Lewes, Goethes Leben, übers. v. Frese 1, 517.

stipuletur iter ad communem fundum, inutilis est stipulatio, quia nec dari ei potest; sed si omnes stipulentur sive communis servus, *singuli ex sociis sibi dari oportere petere possunt*, quia ita dari eis potest ...

Was den Ususfructus betrifft, so möchte man aus l. 11 § 2 D. de iurei. 12, 2: item si iuravero usumfructum alicuius rei vel meum esse vel *dari mihi oportere* ...

schliessen, dass auch hier eine cond. triticaria zulässig gewesen sei; indess würde der Schluss vom Eid auf die Klagformel ein unbegründeter sein; denn wiederholentlich hebt Gaius bei Besprechung der Condictio das Erforderniss der *certa* pecunia, der alia *certa* res hervor (4, 19. 33); über die desfallsige Eigenschaft des Ususfructus bestand noch unter den classischen Juristen eine Streitfrage [5]), indess neigte man (mit Rücksicht auf die ungewisse Dauer des Niessbrauchs) zu der Annahme, dass er zu den Incerta gehöre. Trotz dieser Eigenschaft konnte die Stipulation auf dari usumfructum, der Eid auf dari usumfructum oportere gestellt werden; nicht aber konnte eine Klagformel angewendet werden, welche zwar eine Intentio mit dari oportere enthielt, aber bloss für *certae* res durch Gesetz eingeführt und im Album des Prätor proponirt war. Erst von diesem Gesichtspunkt aus wird die l. 75 D. de v. o. 45, 1 verständlich; sie

[5]) Dies ergiebt die l. 75 § 3 D. de verb. obl. 45, 1; denn nachdem hier der Ususfructus für Incertum erklärt worden, folgt der Zusatz: hoc enim magis iure utimur. Puchta (Inst. II. § 165 Note k) will übrigens conjiciren; man solle fundi certi *provincialis* lesen, so dass es sich bloss um den Besitz handle; die Conjectur ist ohne allen Grund, vgl. Keller in der Ztschr. f. gesch. Rechtswiss. 15, 147 N. 20. — Vgl. noch Karlowa, Civilpr. z. Z. d. Legisact. S. 238; Huschke, Multa S. 493 Note 392.

rechnet mehrere Beispiele zu den Incerta, die von vornherein den Stempel der Gewissheit an sich tragen; der Grund für die getroffene Entscheidung liegt in der Rücksicht auf die cond. triticaria[6]); denn die ganze l. 75 cit. ist, wie aus dem § 8 i. f. deutlich hervorgeht, vom Gesichtspunkt der cond. triticaria aus geschrieben.

Das zweite Zeugniss, worauf sich Savigny beruft, und worin die cond. possessionis[7]) behandelt wird, ist die l. 2 D. tit. 13, 3; sie ist ein Zusatz zu l. 1 § 1, worin der anomale Satz hervorgehoben wird, dass zuweilen der Eigenthümer die eigene Sache condiciren könne; die l. 1 § 1 führt als Beispiele die causa furtiva und die rapina an, die l. 2 fügt die Dejection hinzu; hierauf wird bemerkt:

> sed ita si dominus sit, qui deiectus condicat; ceterum si non sit, possessionem eum condicere Celsus ait;

hier ist doch mit keinem Worte gesagt, dass die cond. possessionis mit derselben Condictionsart erfolge wie die cond. rei; im Gegentheil lehrt l. 12 § 2 D. de cond. furt. 13, 1 ausdrücklich, dass der bestohlene Pfand-

[6]) Man nehme nur den § 5. 6 der Lex; dort wird die Stipulation quod mihi Seius debet, dare spondes? und quod mihi ex testamento debes, dare spondes? zu den Incerta gestellt, wenngleich die ursprüngliche Schuld auf Certum geht; nach dem Satze: sicut ipsa stipulatio concepta est, ita et intentio formulae concipi debet (Gai. 4, 53) mussten jene Stipulationsworte in die Formel hinein, dann war aber nicht alia *certa* res vorhanden. Beiläufig bemerkt besagt der oben citirte Satz des Gaius etwas zu viel; nicht die Intentio der Formel sondern überhaupt die Formel muss der Stipulation entsprechen; bei der Stipulation, die auf dari usumfructum gerichtet war, musste die actio ex stip. angestellt werden, und hier ward der Stipulation in der Demonstratio gedacht.

[7]) Unstreitig ein Incertum: l. 72 pr. l. 75 § 7 D. de v. o. 45, 1.

gläubiger (— dieser kann nur den Besitz condiciren —) die cond. incerti anzustellen habe.

Sonach gelangen wir zu dem Resultat, welches zwar von der Savignyschen Meinung in hohem Masse abweicht, welches sich aber auch von der herrschenden Meinung entfernt, die als Gegenstand der cond. triticaria nur die körperlichen Sachen (ausser Geld) ansieht; nicht die Körperlichkeit sondern die Gewissheit ist nach Gaius das Erforderniss unserer Condictio, und daher können wohl Realservituten, nicht aber der Niessbrauch, nicht auch id quod ex testamento mihi debes zum Gegenstand der cond. triticaria gemacht werden.

Dies vorausgeschickt, so spricht die l. 1 pr. h. t. 13, 3 mit derselben Bestimmtheit wie l. 9 pr. D. de r. cr. 12, 1. Es heisst:

> qui certam pecuniam numeratam petit, illa actione utitur «si certum petetur»; qui autem alias res, per triticariam condictionem petet. Et generaliter dicendum est, eas res per hanc actionem peti, si quae sint praeter pecuniam numeratam, sive in pondere sive in mensura constant, sive mobiles sint sive soli . . .

das heisst: auch in dieser Klage kommt es nicht auf die Causa sondern nur auf den Gegenstand an; der Gegenstand muss alia certa res sein, und — so müssen wir erläutern — dies ist er nur dann, wenn er auf dare der alia certa res gerichtet ist. Während nun bei der cond. cert. die Gleichgiltigkeit der Causa der Klage eine allumfassende Anwendung verschaffte, so hat sie bei der cond. triticaria keineswegs diese Bedeutung — aus dem einfachen Grunde, weil es nur sehr wenige Obligationen giebt, welche auf das dare von alia certa res gerichtet sein können; es gehört hieher bloss das Darlehn, die Stipulation, das Legat, die Bereicherungsforderung, der Innominatcontract do

resp. facio ut des, und in gewissem Masse der Kauf[8]); sodann gehört hierher die cond. furtiva resp. die gegen den Dejicienten zulässige Condictio, die aber anomale Fälle sind, da strenggenommen von einem dare nicht die Rede sein kann; ich habe die Anomalie schon oben (§ 3) zu erklären gesucht.

Aeusserlich stellt sich meine Divergenz von der jetzigen allgemeinen Meinung als eine nicht sehr erhebliche dar; von den soeben aufgezählten Fällen nimmt die gemeine Meinung nur den Innominatcontract und den Kauf aus. Auf den Innominatcontract aber legt sie um mehr Gewicht, als sie erklärt, dass die ganze Geschichte der Innominatcontracte, das Langsame und Zögernde der act. praescriptis verbis nicht begreiflich wäre, wenn mit einer condictio die Leistung (das dare) hätte eingeklagt werden können. Das Stichhaltige dieses Einwandes kann ich in keiner Weise anerkennen; denn der Streit um die *Klage* trat ja unter den Römischen Juristen nur dann hervor, wenn das Geschäft selbst eine schwankende Natur besass; der Hauptstreit hingegen bestand darin, ob und inwieweit das Geschäft selbst als giltig anerkannt werden solle; würde man nun in solchem Falle zur Condictio gegriffen haben, so würde man seine Giltigkeit oder Ungiltigkeit völlig dem Geschworenen überlassen haben; das Gefährliche eines solchen Experiments nöthigte zur Anstellung der act. praescr. verbis; wenn der Prätor die Formel mit der gewünschten Präscriptio ertheilt hatte, so durfte der Geschworene nicht mehr die juristische Giltigkeit des Geschäfts in Zweifel ziehen: der Prätor selbst, die Quelle seiner Stellung und sein steter Beaufsichtiger, hatte sie anerkannt.

Aber die Meinung, dass die Condictio nicht zur

---

[8]) Wegen Gaius 4, 131 a.; vgl. darüber unten § 15. 17.

Einklagung der Forderung aus einem Innominatcontracte auf Erfüllung gebraucht werden konnte, ist eine unrichtige. Für die cond. incerti werde ich später in § 17 den Beweis bei der Erörterung des Precarium erbringen. Für die cond. triticaria existirt ein Anzeichen in l. 3 D. h. t., nach welcher als Schätzungszeit das tempus condemnationis zu berücksichtigen ist:

> in hac actione si quaeratur, res quae petita sit cuius temporis aestimationem recipiat, verius est, quod Servius ait, condemnationis tempus spectandum.

Die Stelle steht mit mehreren anderen im Widerspruch, wonach bei stricti iuris actiones die Schätzung sich nach der Zeit der Litiscontestation zu richten hat, und man hat auf vielfache Weise, aber stets vergeblich den Widerspruch zu lösen versucht[9]). Wie nun, wenn die Stelle auf diejenigen Fälle sich bezöge, in welchen die Condictio aus Ansprüchen, die nicht stricti iuris sind, angestellt wird? Ich gebe zu, dass ich kein äusseres Anzeichen für diese Interpretation anführen kann, aber ebenso behaupte ich, dass nichts dagegen spricht: denkt man sich eine Erörterung über die Anwendung der cond. triticaria bei negotia bonae fidei vorausgeschickt, so würde die l. 3 cit. sehr gut sich anschliessen lassen; und es verschwände dann nicht bloss jener bisher unerklärliche Widerspruch, sondern ein innerer Grund würde die beiden Schätzungszeiten rechtfertigen.

Das lässt sich auch anderweitig nachweisen, dass in den einzelnen Fällen der cond. triticaria verschiedene

---

[9]) Glück, Pand. 13, 271—300; Savigny, System 6, 216 ff., wo ältere und neuere Literatur angegeben sind; vgl. noch Rudorff, R. Rechtsg. II, 143 Note 9. — Nach Karlowa (Civilprocess zur Zeit der Legisactionen S. 238 f.) steht die Stelle fälschlich in dem Titel de cond. trit.; sie handle vielmehr von der cond. incerti.

Rechtsgrundsätze zur Anwendung gebracht worden sind. Das ist eine Behauptung, welche der jetzt herrschenden Theorie schnurstracks widerspricht. Savigny namentlich erklärt[10]), dass die einzelnen durch die Entstehungsgründe bezeichneten Condictionen nicht als verschiedene Klagen zu betrachten seien, und also auch nicht verschiedenes Recht mit sich führen könnten. Das Gegentheil wird direct in den Quellen ausgesprochen; man vergleiche einerseits l. 4 pr. D. de us. 22, 1 andererseits l. 15 pr. D. de cond. ind. 12, 6:

l. 4 cit.: si stipulatus sis rem dari vacuamque possessionem tradi, fructus postea captos actioni incerti ex stipulatu propter inferiora verba consecuturum te ratio suadet. An idem de partu ancillae responderi possit, considerandum est; nam quod ad verba superiora pertinet, sive factum rei promittendi sive effectum per traditionem dominii transferendi continent, partus non continetur. Verum si emtor a venditore novandi animo ita stipulatus est, factum tradendi stipulatus intelligitur, quia non est verisimile, plus venditorem promisisse, quam iudicio emti praestare compelleretur. Sed tamen propter illa verba: vacuamque possessionem tradi, potest dici, partus quoque rationem committi incerti stipulatione; etenim ancilla tradita partum postea editum in bonis suis reus stipulandi habere potuisset.

l. 15 pr. cit.: Indebiti soluti condictio naturalis est, et ideo etiam quod rei solutae accessit venit in condictionem, puta partus qui ex ancilla natus sit, vel quod alluvione accessit, imo et

10) A. a. O. S. 614.

fructus, quos is cui solutum est bona fide percepit, in condictionem veniunt[11]).

Nach l. 4 cit. geht die Klage aus der Stipulation rem dari (die cond. triticaria) nicht auf Früchte, diese können vielmehr erst aus der Stipulation vacuam possessionem tradi mit der act. incerti ex stip. verlangt werden; der partus ancillae kann es selbst bei letzterer nur dann, wenn die Stipulation zum Zweck der Novation einer Kaufforderung abgeschlossen ist[12]). Ganz anders ist es bei der cond. indebiti nach l. 15 cit., diese geht auf Früchte und das Sclavenkind; und es ist hervorzuheben, dass auch die in l. 15 cit. behandelte cond. indebiti eine cond. triticaria ist, denn es handelt sich um eine res soluta, zu welcher später Accessionen (partus, alluvio, fructus) hinzugetreten sind; die Intentio derselben muss also auf rem dari gerichtet gewesen sein. Auch ist der Jurist sich wohl bewusst, dass der von ihm gelehrte Rechtssatz nicht bei jeder cond. triticaria Anwendung findet; er hält ihn einer besonderen Begründung bedürftig, und beruft sich darauf, dass indebiti soluti condictio naturalis est, d. h. die Intentio rem dari, wenn sie zum Zweck der Rückforderung einer gezahlten Nichtschuld angestellt wird, darf nicht (wie bei der Stipulation) wörtlich interpretirt sondern sie muss nach der Billigkeit ausgelegt werden. Die Vertreter der herrschenden

---

11) Ebenso l. 65 § 5 de cond. ind. 12, 6; l. 38 pr. §§ 1. 2. D. de us. 22, 1. Ein anderer Fall derselben Art ist die Schenkung von Todeswegen, falls der Schenker gesundet; die Condictio geht auf Früchte, Sclavenkind und sonstigen Zuwachs: l. 12 D. de cond. c. d. 12, 4, l. 38 § 3 D. de us. 22, 1.

12) Der l. 4 pr. widerspricht die l. 3 § 1 D. de a. e. v. 19, 1; der Widerspruch hat aber für die im Text folgende Auseinandersetzung keine Bedeutung; vgl. noch über denselben Wächter, Erörterungen 2, 53 Note 18.



Meinung scheinen sich des Zusammenhangs zwischen der cond. indebiti und der cond. triticaria nicht immer bewusst zu sein; sie scheinen zu übersehen, dass die cond. indebiti entweder als cond. certi oder als triticaria oder als incerti angestellt werden muss; so lehren sie denn auf der einen Seite, dass bei der cond. triticaria niemals Früchte zugebilligt werden, und auf der anderen Seite, dass bei Repetitionsklagen Früchte und andere Erweiterungen immer ersetzt werden müssen[13])!

Ein anderes Beispiel bieten l. 3 D. de cond. furt. 13, 1 u. l. 98 § 8 D. de sol. 46, 3; wird nämlich die cond. triticaria auf Grund eines Diebstahls angestellt, so wird der Beklagte ins ganze Interesse verurtheilt; wird sie auf Grund einer Stipulation angestellt, so hat der Beklagte bloss den Sachwerth zu leisten. Den Vertretern der herrschenden Meinung erscheint diese verschiedene Entscheidung so räthselhaft, dass sie auf alle Weise die eine fortzuinterpretiren suchen[14]); für mich ist die Verschiedenheit innerlich begründet; so weit Diebstahl und Stipulation von einander abstehen, so sehr muss die Haftung des Diebes von der des Promissor sich unterscheiden.

Die obige Ausführung leitet zu einem umfassenden Gedanken, der sich übrigens nicht bloss auf die cond. triticaria sondern ebensosehr auf die cond. certi bezieht. Sind nämlich die Condictionen abstracte Klagen, fähig, irgend eine concrete Forderung in sich aufzunehmen, so wird das Petitum der Klage in keiner Weise durch die Condictio (diese ist farblos) sondern durch die concrete Forderung bestimmt. Die Condictio ist abstract, also weder stricti iuris noch bonae

[13]) Savigny 5, 619. 6, 111.
[14]) Savigny 5, 613 ff.

fidei; der Condictionengeschworene leitet seine Befugnisse von der geltend gemachten Forderung ab; von ihr hängt es ab, ob er ein freies Ermessen haben soll, ob er bei der Schätzung die Zeit der Litiscontestation oder die des Urtheils beachten soll, ob er Früchte zubilligen darf, ob er die exc. doli, trotzdem sie in die Formel nicht aufgenommen ist, zulassen darf; er verurtheilt, wenn die cond. triticaria ex causa furtiva angestellt wird, den Verklagten auf das ganze Interesse, wenn aber ex stipulatu rein auf den Sachwerth u. dgl. m. Die Condictio passt sich dem Rechtsverhältniss an, aus welchem sie angestellt wird; sie nimmt die Natur der Klage an, an deren Stelle sie tritt. Diese Auffassung der Condictionen wird aufs Schärfste von den Scholiasten aus Justinians Zeit gelehrt; sie sprechen sie ebenso sehr als Princip wie in einzelnen Anwendungen aus:

Stephanus[15]: *ἀπὸ μὲν γὰρ τῶν ἄλλων συναλλαγμάτων καὶ αἰτιῶν ἄλλη τις προτίκτεται προτέρα ἀγωγὴ, οἷον ἐξ ἔμπτο, λοκάτο, δανειακὸς κονδικτίκιος, δεποσίτου, κομμοδάτου, καὶ οὐδὲν ἧττον ἀπ᾽ αὐτῶν ὁ κέρτος γενικός κονδικτίκιος ἀναδυόμενος τὴν ἤδη λεχθεῖσαν ἀγωγὴν ὡς γένος κινεῖται* (nam ex aliis quidem contractibus et causis alia quaedam actio nascitur prior, utputa ex emto, locato, condictio ex mutuo, actio commodati, depositi, et nihilominus ex iisdem certi *condictio generalis induens actionem iam dictam* quasi genus intenditur).

ἔνθα δὲ μὴ καθὰ τὴν οἰκείαν ἰδιότητα ἀλλ᾽ ὡς γένος κινεῖται, τότε τὴν φύσιν ἀναδύεται τοῦ κονδικτικίου, ὕπερ οὗ καὶ κινεῖται (ubi vero non secundum proprietatem suam sed tanquam genus in-

---

15) Heimbach II, 591.

stituitur, *tunc naturam induit condictionis, pro qua intenditur).*

ὥστε οὐδὲν θαυμαστὸν, εἰ γενικὸς ὢν ὁ προκείμενος κονδικτίκιος ὑποδύεται· καὶ ἀναλαμβάνει τὴν φύσιν τοῦ ἐξ ἰνιούστα καύσα κονδικτικίου (itaque mirum non est, si, cum proposita condictio generalis sit, *induat et recipiat naturam condictionis ex iniusta causa).*

Innominatus[16]): *διὰ τοῦ γενικοῦ κονδικτικίου ὑποδυομένου τοῦ*[17]) *σίνε καύσα* (per generalem condictionem, *quae induit condictionem sine causa).*

Cyrillus[18]): . . . *δυνατὸν δέ ἐστιν, καὶ τὸν παρόντα κονδικτίκιον ὡς γενικὸν ὄντα καὶ ἐν ἑαυτῷ καὶ τὸν φούρτιβον περιφέροντα κονδικτίκιον, κινεῖσθαι κατ᾽ ἐκεῖνον* (possit autem adversus furem etiam certi condictio moveri tanquam generalis et *condictionem furtivam in se circumferens).*

Innominatus[19]): . . . *οὗτος (κονδικτίκιος) ὑπὲρ ἑτέρας κινούμενος ἀγωγῆς τὴν φύσιν αὐτῆς ὑποδύεται* (condictio enim, quae pro alia actione intenditur, *naturam eius induit).*

Für die obige Darstellung sprechen die vielen Fälle, in denen die Condictio mit einer materiellen Formel concurrirt; wenn z. B. nach l. 11 § 6 D. de a. e. v. 19, 1 der Käufer die Arrha nach erfülltem Vertrage zurückfordert, so muss er doch offenbar vor dem Geschworenen dieselben Thatsachen nachweisen, gleichviel ob er sich der cond. triticaria oder der act. emti bedient.

Die herrschende Meinung hat in neuester Zeit Pernice ausführlich zu begründen versucht; in einem

---

16) Heimbach II, 592.
17) Zu lesen ist *τὸν*.
18) Heimbach II, 595.
19) Heimbach II, 596.

eigenen Abschnitt[20]) entwickelt er gemeinsame Grundsätze über Culpa bei den Condictionen. Sieht man jedoch genauer hin, so handelt er nicht sowohl von Condictionen als vielmehr von Stipulation, Bereicherungen und Legaten; nun ist aber die Stipulationsklage bald eine cond. certi resp. triticaria, bald eine act. ex stipulatu, die Legatsklage ist regelmässig die act. ex testamento, mit welcher die cond. certi und triticaria nur concurriren (§ 10). Und so folgt aus der Darstellung von Pernice, dass ohne Rücksicht auf die Klage das derselben zu Grunde liegende Rechtsverhältniss die Art und das Mass der Culpa bestimmt.

Die bisherige Darstellung giebt mir Gelegenheit, um einen Punkt nicht zwar auszuführen, aber doch zu berühren; ich meine die von der gemeinen Meinung angenommene Identificirung von condictio und stricti iuris actio; kein Quellenzeugniss spricht sie aus[21]), und alle meine Deductionen beweisen das Gegentheil. So gross auch das Gebiet der stricti iuris actio sein mag: es wird von dem der condictio weit übertroffen; die Condictio kann eine stricti iuris actio in sich begreifen, sie kann ebensosehr statt einer bonae fidei actio, einer actio ex delicto aufgestellt werden; sie ist überhaupt kein Gegensatz der stricti iuris actio; die auf Grund einer stipulatio certa angestellte cond. certi resp. triticaria ist nicht minder stricti iuris als die act. ex stipulatu aus einer stipulatio incerta; die act. ex testamento ist stricti iuris (Gaius 2, 280), trotzdem sie keine Condictio ist. Condictio und act. stricti iuris sind deshalb keine Gegensätze, weil sie auf einen verschiedenen Gesichtspunkt zurückzuführen sind: die Condictio auf die Art der Abfassung der Spruch- und

---

20) Labeo 2, 262—280.

21) Anerkannt von Savigny, System 5, 462. 503.

Schriftformeln (in iure), die stricti iuris actio auf die Befugnisse der Geschworenen (in iudicio, daher richtiger actio stricti iudicii [22])).

§ 10. In welchen Fällen ist die cond. certi und triticaria eine ausschliessliche Klage?

Für mich unterliegt nicht die Frage einem Zweifel, ob die cond. certi und triticaria bei allen persönlichen Ansprüchen civilen Ursprungs, die auf dare von certa pecunia resp. von alia certa res gerichtet sind, gebraucht werden *können*, sondern die andere Frage, *inwieweit* sie allein gebraucht werden *müssen*. Deutlicher gesprochen: die cond. certi und triticaria sind theils concurrirende theils alleinstehende Klagen, und es fragt sich, inwieweit sie letzteres sind. Ein Fall liegt auf der Hand; es ist der der Bereicherung, natürlich sofern diese sich nicht an eine bestehende, eine Klage gegen den Bereicherten darbietende Obligation anlehnt; denn alsdann kann (wenigstens nach dem späteren classischen Recht, auf das frühere komme ich in § 17 zurück [1])) auch die Klage aus der Obligation angestellt werden. Schwieriger ist die Beantwortung der aufgeworfenen Frage bei den Contracten; es handelt sich um die Fälle des Darlehns, der Stipulation, des Literalcontracts; hinzuzufügen ist der des Legats.

1. Was das *Darlehn* betrifft, so lehren die Justinianischen Institutionen:

---

[22]) Hierüber Windscheid, Actio § 4 u. Pandecten § 46 Note 4.

[1]) Vgl. vorläufig l. 11 § 6 D. de a. e. v. 19, 1.

> III, 14 pr.: ... et ex eo contractu (mutui) nascitur actio, quae vocatur condictio.

Ich lege auf diese Stelle mehr Gewicht als auf die unzähligen anderen, worin von dem Condiciren eines Darlehns die Rede ist, deshalb, weil hier der Condictio der Charakter der *ausschliesslichen* Darlehnsklage beigelegt wird. Justinian hat sie nicht aus Gaius entlehnt; dieser schweigt über die Klage sowohl in seinen Institutionen als in der l. 1 D. de obl. et act. 44, 7. Uebrigens ist es selbstverständlich, dass die erwähnte Condictio sowohl die certi als die triticaria ist; Justinian spricht im Vorgehenden von Darlehnen in allerhand fungiblen Sachen.

2. Was die *Stipulation* betrifft, so berichten die Justinianischen Institutionen:

> III, 15 pr.: ... ex qua duae proficiscuntur actiones: tam condictio [2]), si certa sit stipulatio, quam ex stipulatu, si incerta.

Wir müssen also die einzelnen Arten der Stipulation unterscheiden.

Ueber die stipulatio certae pecuniae besitzen wir noch ein Zeugniss in l. 24 D. de r. cr. 12, 1:

> Si quis certum stipulatus fuerit, ex stipulatu actionem non habet, sed illa condicticia actione id persequi debet, per quam certum petitur.

Ich fasse das certum in der engeren Bedeutung (als Geldsumme), weil der Schluss der Stelle der cond. per quam certum petitur gedenkt, diese aber entschieden bloss die Condictio auf eine bestimmte Geldsumme bedeutet [3]). Die Stelle ist bisher oft missverstanden,

---

[2]) Dies ist die Lesart der Krügerschen Ausgabe; der Zusatz gewisser Handschriften «certi» ist verwerflich, denn die cond. triticaria konnte alsdann nicht unerwähnt bleiben.

[3]) l. 1 pr. D. de trit. cond. 13, 2.

noch öfter übergangen worden; am leichtesten war es, ihren Inhalt einfach zu constatiren; und diesen letzten Weg schlagen die neuesten Processualisten ein; denn Keller[4]) präcisirt seine Ansicht dahin, dass nach l. 24 die act. ex stipulatu bei certa pecunia keine Anwendung finde; darauf, worin der Gegensatz von act. ex stip. und cond. certi bestehe, geht er nicht ein. Rudorff und Bethmann-Hollweg[5]) citiren die Lex in einer Weise, dass ihre Meinung nicht erhellt.

Savigny[6]) beschäftigt sich mit der Stelle bloss zu dem Zweck, um auszuführen, dass certum eine Geldsumme bedeute; ihm vor Allen lag doch der Nachweis ob, wie es denn mit dem Gegensatz, den die Stelle zwischen actio ex stipulatu und condictio certi statuirt, bestellt sei; statt dessen macht er die Bemerkung: «die certi condictio war von so eigenthümlicher Natur und Wichtigkeit, dass man da, wo sie begründet war, meist nur diesen Namen zu gebrauchen pflegte, ohne dabei den Entstehungsgrund auszudrücken» [7]). Ich lasse die Unrichtigkeit der Bemerkung bei Seite (— die Quellen gebrauchen nicht *meist* sondern stets den Ausdruck certi condictio —), jedenfalls geht daraus hervor, dass Savigny den Gegensatz zwischen condictio und act. ex stipulatu leugnet, ohne jedoch sich mit einem Worte über l. 24 cit. auszulassen.

Schwieriger findet Savigny die Institutionenstelle; er giebt zu, dass in dem vorliegenden Texte der Institutionen der act. ex stipulatu die Eigenschaft einer Condiction abgesprochen werde; er hilft sich auf

---

[4]) Civilpr. § 88 Note 1114 der 5. Ausg.

[5]) Rudorff, Rechtsg. Bd. 2 S. 148 N. 29; Bethmann-Hollweg, Civilpr. 2, 269 N. 56.

[6]) System 5, 633 f.

[7]) A. a. O. S. 531.

geradezu gewaltsame und dennoch erfolglose Weise[8]. Zuerst conjicirt er; es soll statt «condictio» gelesen werden «cond. certi», so dass der Sinn entsteht, bei der stipulatio certa finde die cond. certi Anwendung, bei der stip. incerta die act. ex stipulatu, und nunmehr glaubt er, dass von dieser Seite eine völlige Uebereinstimmung der verschiedenen Zeugnisse erzielt sei; zu dieser Meinung gelangt er nur dadurch, dass er zugleich behauptet, die actio ex stipulatu sei eine condictio, «man hätte auch von einer condictio ex stipulatu sprechen können, es ist aber üblich geworden, dafür den Namen actio ex stipulatu zu gebrauchen»[9]. Aber auch jene Conjectur und diese Supposition erbringen noch nicht ein acceptables Resultat; «es bleibt noch (fährt Savigny fort) die zweite Schwierigkeit übrig, dass nun die certi condictio auf den Fall jeder certa stipulatio bezogen werden müsste, also auch auf den Fall eines Ackers oder eines Buchs»; und nun macht Savigny den Institutionenverfassern den Vorwurf der Uebereilung, er entschuldigt sie damit, dass seit Abschaffung des Formularprocesses der Unterschied aus der Praxis verschwunden war und nur noch aus Büchern erlernt werden konnte. Wir haben aber gesehen, dass die cond. certi ein durchaus der Praxis angehöriges Klagmittel zu Justinians Zeit ist. Wir haben ferner gesehen, dass die l. 24 D. de r. cr. die cond. certi mit act. ex stipulatu nicht identificirt sondern beide in einen Gegensatz stellt[10].

Für mich stellt sich die Sache so, dass die stip. certa mit einer abstracten Klage geltend gemacht

[8]) A. a. O. S. 636 f.

[9]) A. a. O. S. 631.

[10]) Bei Bekker habe ich nichts über die Institutionenstelle gefunden. Die l. 24 D. de r. cr. 12, 1 fand ich bloss in einer Note erwähnt (Actionen 1, 99 N. 9).

wird, es sei mit der cond. certi oder mit der cond. triticaria; dass aber die stip. incerta keine abstracte Klage hat. Das erstere habe ich bereits oben aus den Quellen zu erweisen gesucht (§ 4), das letztere steht ausdrücklich in Gaius 4, 136, welcher der Formel der Stipulationsklage eine Demonstratio und Intentio giebt:

Quod AA. de NN. incertum stipulatus est, quicquid ob eam rem NN. AA. dare facere oportet . . .

Vielleicht wird man es als eine räthselhafte Erscheinung ansehen, dass dieselbe Obligation je nach dem Gegenstande eine so verschiedene processualische Behandlung erfährt, und wird nach einer Lösung verlangen, ich werde sie später in § 15 geben.

Der Vollständigkeit wegen muss noch die Ansicht von Voigt, Jus natur. Bd. 4 S. 393. 395. 397. 414. erwähnt werden, wonach ausschliesslich die mit doli clausula versehene Stipulation die act. ex stipulatu erzeugt, jede andere die cond. incerti. Er stützt sich dabei auf

l. 4 § 15 D. de doli mali exc. 44, 4: Labeo etsi ex stipulatu actio competat propter doli clausulam tamen nocere doli exceptionem ait . . . § 16 . . . In stipulatione plane doli clausula non erit detrahenda, quia ex doli clausula non de dolo actio intenditur sed ex stipulatu.

Im § 15 zieht Voigt die Worte propter doli clausulam zu competat, während sie offenbar zum Folgenden (tamen nocere) gehören; im § 16 leitet er die act. ex stip. aus der doli clausula ab, während doch der Sinn ist, dass trotz der doli clausula die act. ex stip. stattfinde. Die Institutionenstelle (III, 15 pr.) wird von Voigt damit beseitigt, dass in der byzantinischen Kaiserzeit eine Stipulation ohne doli clausula nicht mehr vorgekommen sei!

3. Was den *Literalcontract* betrifft, so sind hier die Quellen am wenigsten zureichend. Die Rede Ciceros für den Schauspieler Roscius ergiebt zwar, dass man mit der cond. certi die Literalschuld einklagen könne, nicht aber, dass dies die einzige Klagart war. Noch weniger beweist die l. 1 D. de ann. leg. 33, 1:

> Cum in annos singulos quid legatum sit, neque adscriptum quo loco detur, quocunque loco petetur, dari debet, sicuti ex stipulatu aut *nomine facto.*

Hier wird die Literalschuld zusammengestellt mit der Stipulation und dem Legat auf dare; nun wissen wir zwar aus den Institutionen III, 15 pr., dass für die Stipulation auf dare die Condictio die ausschliessliche Klage ist, allein von den Legaten werde ich unter No. 4 das Gegentheil erweisen. Es bleibt die Berufung auf J. 3, 21 de lit. obl., wo Justinian von der Obligation aus dem Schuldschein erklärt:

> ... sic fit, ut hodie, dum queri non potest, scriptura obligetur, et ex ea nascitur condictio cessante scilicet verborum obligatione.

Ohne Zweifel will Justinian sagen, dass bei dem sog. neueren Literalcontract die Condictio die ausschliessliche Klage sei; die Uebertragung dieser Anschauung auf den Literalcontract der classischen Zeit mag gerechtfertigt sein; ein zwingender Grund liegt aber nicht in den Worten Justinians, und bloss dies will ich constatiren.

4. Was endlich die Legate betrifft, so kann es sich natürlich nur um das leg. per damnationem und sinendi modo handeln. Nun sagt Gaius von dem letzteren:

> II, 213 ... et ideo huius quoque legati nomine in personam actio est: *quicquid heredem ex testamento dare facere oportet.*

Das ist keine abstracte Klage; die Formel verdient deshalb unsere Aufmerksamkeit, weil sie das Beispiel

einer incerta formula ohne Demonstratio ist: die Causa, das Testament, ist in die Intentio aufgenommen. Nach der herrschenden Auffassung kommt die Demonstratio «bei fast allen act. in personam incertae vor» [11]); vielleicht aber (so möchte ich aus obiger Darstellung des Gaius schliessen) war die Formel geschmeidiger: auch bei incertae formulae hatte man die Wahl zwischen der Bezeichnung der Causa in der Demonstratio und der Aufnahme der Causa in die Intentio.

Auch vom Damnationslegat ist uns bei Gaius das für unsere Frage entscheidende Formelstück erhalten:

> IV, 55: Item palam est, si quis aliud pro alio intenderit, nihil eum periclitari eumque ex integro agere posse, quia nihil ante videtur egisse; veluti si is, qui hominem Stichum petere deberet; Erotem petierit, aut si quis *ex testamento dari sibi oportere* intenderit, cui ex stipulatu debebatur [12]), aut si cognitor aut procurator intenderit, sibi dari oportere.

Es geht aus dem Worte «dari» unzweifelhaft hervor, dass ein Damnationslegat in Frage ist; es steht ferner fest, dass die Worte «ex testamento» in die Intentio aufgenommen waren, sonst könnte Gaius den Fall nicht als ein Beispiel für aliud pro alio petere verwenden; endlich muss ich behaupten, dass es gleichgiltig ist, ob Geld oder eine andere bestimmte Sache legirt war; Gaius legt auf das Object des Legats kein Gewicht (sonst hätte er es erwähnt), es muss bloss des dare fähig sein. Dies vorausgeschickt, so ist es klar, dass auch bei dem Damnationslegat die gewöhnliche Klage keine abstracte ist. Allerdings scheint

---

11) Vgl. Keller Cpr. § 40. Bei Bethmann-Hollweg habe ich nichts gefunden.

12) Wiederholt in § 35 I. de act. 4, 6.

Gaius an einer anderen Stelle das Gegentheil auszusprechen:

> II, 204: Quod autem ita (sc. per damnationem) legatum est, post aditam hereditatem, etiamsi pure legatum est, non ut per vindicationem legatum continuo legatario acquiritur, sed nihilo minus heredis est, et ideo legatarius in personam agere debet, id *est intendere heredem sibi dare oportere* ....

Indess ist offenbar Gaius der Meinung, dass er durch das Wort «heredem» schon genugsam die Nothwendigkeit der Anführung einer Causa ausgesprochen habe. Der Zweifel, den diese Erklärung etwa zurücklässt, verschwindet durch eine dritte Stelle bei Gaius: II, 213; er setzt hier zuerst auseinander, dass auch der sinendi modo-Legatar wie der Damnationslegatar nicht sofort mit Antretung der Erbschaft sondern erst durch einen besonderen Act (mancipatio, in iure cessio, traditio) das Eigenthum erwerbe, und er fährt dann fort:

> ... et ideo huius *quoque* legati nomine in personam actio est: *quicquid heredem ex testamento dare facere oportet.*

Aus dem anfänglichen Worte quoque muss man auf völlige Identität der Klage des Damnations- und sinendi modo-Legatars schliessen, natürlich vorausgesetzt dass der Gegenstand des Damnationslegats im concreten Falle ein incertum ist (der des sinendi modo-Legats ist es bekanntlich immer); durch diese Stelle wird also bei dem leg. per damn. incertum der Beweis erbracht, dass die Klage keine abstracte war.

Sollten wir für diese Klage einen Namen erfinden, so wüssten wir keinen anderen als actio ex testamento; es ist eine actio, weil die Formel der Causa gedenkt, und sie ist ex testamento, weil das Testament als

Causa angeführt wird. Gerade dieser Name wird aber einerseits von Theophilus für das leg. per damnationem und sinendi modo bezeugt, andererseits von den classischen Juristen gebraucht. Was Theophilus betrifft, so berichtet er:

II, 20 § 2: *τῆς δαμνατζίωνος τὰ ῥήματα, καταδικάζω σε, ὦ κληρονόμε, δοῦναι τῷδε νομίσματα ρ· ἐτίκτετο δὲ ἐντεῦθεν τῷ ληγαταρίῳ κατὰ τοῦ κληρονόμου περσοναλία ἀγωγή, ἡ λεγομένη ἐξ τεσταμέντου· σινένδι μόδο, καταδικάζω σε, ὦ κληρονόμε, συγχωρῆσαι τῷδε λαβεῖν τόδε τὸ πρᾶγμα καὶ ἐντεῦθεν ὁμοίως ἥρμοσεν ἡ ἐξ τεσταμέντου.* (Damnationis illa sunt verba: damno te, heres, illi dare solidos centum; nascebatur autem hinc legatario adversus heredem *actio in personam, quae dicitur ex testamento.* Sinendi modo sic: damno te heres, ut illi permittas, illam rem accipere; et hinc itidem *actio ex testamento competebat*[13]).

Von den Pandectenjuristen vergleiche man folgende Zeugnisse:

l. 27 D. de sol. 46, 3: Etiam circa stipulationem et *ex testamento actionem* si res tradita fuerit, quae debebatur, quamdiu aliquid iuri deest, adhuc tamen res ipsa petenda est; utputa possum fundum petere, licet mihi traditus sit, si ius quoddam cautionis supererit.

---

[13]) Vgl. auch das Scholion von Stephanus (bei Heimbach II, 596. 597), wo von der dem Legatar zustehenden cond. certi gesagt wird: *κινεῖται δὲ (ὁ κονδικτίκιος) ἀντὶ τῆς ἐξ τεσταμέντο, ἥτις πρωτοτύπως ἁρμόττει τῷ ληγαταρίῳ* (movetur autem condictio certi pro actione ex testamento, quae principaliter legatario competit), und später: *δυνάμεθα δὲ, καὶ ἔνθα μὴ ἀργύριά εἰσι, καὶ τὸν τριτικάριον κινεῖν ἰσοδυναμοῦντα τούτων* (possumus etiam, si pecunia numerata non sit, per condictionem triticariam petere, quae eiusdem potestatis est).

Die Ausdrucksweise dieser Lex ist geradezu frappant; es heisst nämlich: circa stipulationem et ex testamento actionem. Warum? Weil der einzuklagende Gegenstand eine res certa est, bei welcher, wenn sich die Klage auf Stipulation stützt, eine condictio gebraucht werden *muss;* daher wird das Wort actio vom Juristen nicht der Stipulation, wohl aber dem Testament beigesetzt; wäre die Condictio die regelmässige Legatsklage gewesen, so hätte er geschrieben: circa condictionem quae ex stipulatu vel ex testamento competit.

l. 18 D. de obl. et act. 44, 7: ... Si is, qui Stichum dari stipulatus fuerat, heres exstiterit ei cui ex testamento idem Stichus debebatur, si ex testamento Stichum petierit, non consumet stipulationem; et contra si ex stipulatu Stichum petierit, *actionem ex testamento*, salvam habebit ...

l. 12 D. de auro 34, 2: si imaginem legatam heres derasit, et tabulam solvit, potest dici, *actionem ex testamento* durare, quia legatum imaginis, non tabulae fuit.

l. 116 § 4 D. de leg. 1 (30): Fundus legatus talis dari debet, qualis relictus est, itaque sive ipse fundo heredis servitutem debuit sive ei fundus heredis, licet confusione dominii servitus extincta sit, pristinum ius restituendum est; et nisi legatarius imponi servitutem patiatur, petenti ei legatum exceptio doli mali opponetur; si vero fundo legato servitus non restituetur, *actio ex testamento superest.*

Für legata incerta gedenken mehrere Stellen der incerti actio unter Weglassung der Causa (ex testamento); so die l. 1 D. de usu et usufr. 33, 2; die l. 8 D. de usufr. ear. rer. 7, 5; die l. 75 § 4 D. de leg. 1 (30). Aber die Weglassung dieser Worte ist ohne

Bedeutung; das Wort actio incerti bezeichnet genügend, dass es sich um eine Klage mit Causa handelt (§ 17). Nun nehme man endlich noch die Worte l. 9 § 1 D. de r. cr. 12, 1 hinzu:

competit haec actio etiam ex legati causa ...

Das Wort etiam beweist, dass alle in § 1 aufgeführten Fälle ausser der cond. certi noch eine andere Klage gehabt haben müssen. Noch mehr: Ulpian zählt lauter Beispiele auf, in denen die cond. certi nur selten stattfindet: ex l. Aquilia, ex causa furtiva, ex sct. Trebelliano; also muss auch die cond. certi bei den Legaten nur selten angewendet worden sein; dies liegt auf der Hand bei dem Legatum speciei, weil ja mit der certi condictio die Gefahr der pluspetitio verbunden war; bei dem legatum certae pecuniae behaupte ich, dass die Formel in der Regel lautete:

si paret NN AA centum ex testamento L. Titii dare oportere ...

nur ausnahmsweise wurde die Gedenkung des Testaments weggelassen, im ersteren Falle war eine act. ex testamento, im letzteren Falle eine cond. certi angestellt.

Ich muss gestehen, dass ich verwundert bin über die geringen Beweismittel, mit welchen in den unserem Jahrhundert angehörigen[14]) Büchern dem Damnationslegat eine Condictio als Klage gegeben wird[15]); die

---

[14]) Was die frühere Zeit betrifft, so mag angeführt werden, dass Cujacius ausdrücklich die act. ex testamento als einzige Klage nennt (opp. 7, 1035).

[15]) Vorsichtig ist Arndts, welcher (in Glück, Forts. Bd. 46. S. 21 f. 27) von in personam actio spricht und dabei die von Gaius berichteten Intentionsformeln wörtlich mittheilt, sich jeder weiteren Characterisirung der Klage aber enthält. Der Hauptträger der herrschenden Meinung scheint Keller zu sein, der in

erste Rolle spielt natürlich l. 9 § 1 D. de r. cr. 12, 1; sodann kommt die Berufung auf Gaius 2, 204, die ich oben (S. 133) interpretirt habe. Und was wird ausserdem angeführt? Die häufige Zusammenstellung von Stipulation und Legat (Savigny), ja sogar Stellen, in denen fortdauernd von *actio* incerti die Rede ist, und die deshalb für meine Ansicht sprechen, denn dass actio incerti und condictio incerti nicht identisch sind, ist gegenwärtig unter den Processualisten unstreitig[16]. Freilich geht man bei der Meinung, dass aus dem Legat eine condictio entspringe, von der Ansicht aus, dass condictio und actio ex testamento identisch sei[17]; allein, so wenig die actio ex stipulatu eine condictio ist, so wenig ist es die actio ex testamento; warum wird denn in den Rechtsquellen als Legatsklage die act. ex test. sehr oft, die condictio hingegen (abgesehen von l. 9 § 1 cit.) garnicht erwähnt? Bethmann-Hollweg[18]) giebt (bei Stipulation und Testament) hierauf die Antwort, dass sie condictio nicht genannt werden konnte, weil sie der legisactio per condictionem in keiner Weise entsprach; derselbe Schriftsteller nimmt wenige Seiten darauf (S. 272) keinen Anstoss daran, dass die Bereicherungsklage auf incertum, die doch der l. a. per cond. auch nicht entsprach, den Namen condictio führt; aber selbst, wenn ich dies bei Seite lasse, so findet sich ja der Name actio ex testamento

---

seinen Institutionen S. 331 eine Unzahl von Stellen anführt, in denen als Legatsklagen die cond. certi und triticaria angegeben sein sollen; ich habe schon früher bemerkt, dass nicht eine einzige die Kellersche Meinung bestätigt.

16) Vgl. unten § 17.

17) Vgl. z. B. Rudorff in Ztschr. f. gesch. Rw. 14, 403; später hat Rudorff act. ex testamento und condictio als gegensätzlich erkannt, Rechtsg. Bd. 2 S. 148.

18) Civilprocess 2, 269.

nicht bloss bei Legaten auf incertum sondern wie die oben abgedruckten Stellen ergeben, auch bei certa legata, und diese haben doch der l. a. per cond. entsprochen!

§ 11. Der Process gegen den Schauspieler Roscius. Feststellung des Thatbestandes[1]).

Eine Mittheilung des Sachverhaltes ist nicht bloss deshalb nothwendig, weil vielen Lesern der Fall nicht gegenwärtig sein wird, sondern auch deshalb, weil Manches darin streitig ist.

C. Fannius Chärea war der Eigenthümer eines Sclaven Panurgus gewesen, welcher grosses schauspielerisches Talent besass; er schloss daher mit dem Schauspieler Roscius einen Societätsvertrag ab; er warf den Sclaven ein (das Eigenthum an demselben ward zwischen ihm und Roscius zu gleichen Theilen getheilt), Roscius übernahm die künstlerische Ausbildung. Der Sclave vermiethete sich nach vollendeter Ausbildung für 100 000 Sesterzen; allein er wurde von dem Tarquinischen Bürger A. Flavius getödtet. Die beiden bisherigen Miteigenthümer stellten nunmehr gegen Flavius die actio legis Aquiliae an; ob die Klage auf 200 000 Sesterzen gerichtet und ob diese Summe als Taxatio der Formula eingerückt war (wie Bethmann-Hollweg behauptet), das mag hier bei Seite bleiben, weil die Feststellung hiervon für den weiteren Process ohne Bedeutung ist. In dem Process bestellte Roscius den Fannius zu seinem Cognitor; während

[1]) Die §§ 11—13 sind bereits (mit geringen Abänderungen) in der Ztschr. der Savignystiftung, Rom. Abth. Bd. 1 S. 116—151 abgedruckt.

schwebenden Processes aber verglich sich Roscius mit Flavius, wie Cicero behauptet, hinsichtlich *seiner eigenen* Entschädigungsforderung, nach der Behauptung des Gegners hinsichtlich des *ganzen* Schadensanspruchs; er erhielt als Vergütung ein ländliches Grundstück, das von Fannius auf 100 000 Sesterzen geschätzt wurde. Die Handschriften setzen diesen Vergleich in die Zeit von fünfzehn Jahren vor dem gegenwärtigen Process; Hotomann aber conjicirt die Zeit von vier Jahren (IV statt des handschriftlichen XV), und diese Conjectur wird noch neuerdings von Bethmann-Hollweg gebilligt.

Ich bemerke aber, dass zum Verständniss des gegenwärtigen Processes die Feststellung der Zeit, zu welcher der Vergleich zwischen Roscius und Flavius abgeschlossen wurde, nicht wesentlich ist.

Roscius hatte hierdurch vor seinem früheren Socius etwas im voraus, das dieser ihm nicht gönnte. Drei Jahre vor dem gegenwärtigen Process forderte deshalb Fannius von Roscius die Summe von 50 000 Sesterzen, als die Hälfte des Werthes des von Fannius auf 100 000 Sesterzen geschätzten Ackers. Man streitet darüber, ob diese Forderung vor das ordentliche Gericht oder vor das Schiedsgericht gebracht worden ist. Die Ausdrücke Ciceros sind schwankend; während er im § 12 ausdrücklich von einem Compromiss spricht, nennt er im § 26 den Richter iudex, den Process iudicium; indess ist letzteres schon deshalb nicht von Bedeutung, weil in demselben § 26 der Ausdruck arbiter abwechselt, und weil auch die classischen Juristen den Schiedsrichter zuweilen mit iudex bezeichnen[2]). Von den Interpreten unseres Jahrhunderts sind Huschke,

---

[2]) l. 34 § 1 D. de min. 4, 4; l. 41 D. de rec. 4, 8; l. 4 D. de tut. 26, 5.

Schmidt und Bethmann-Hollweg der Meinung, dass der Vorprocess kein schiedsrichterliches Verfahren sondern ein gerichtliches Arbitrium pro socio gewesen ist[3]). Ihre Gründe sind folgende:

1. In den §§ 10 sq. schildert Cicero den Gegensatz der iudicia und der (gerichtlichen) arbitria; der Charakter jener sei das directum, asperum, simplex, der Charakter dieser das mite, moderatum, mit der Formel: quantum aequius melius sit dari; gleichzeitig bezeichnet er den gegenwärtigen Process als ein iudicium. Im § 12 wendet er sich wieder zu dem Vorprocess zurück, den er als ein compromissum bezeichnet, und als dessen Formel er angiebt: quantum aequius et melius sit dari repromittive si peteres[4]); nun erklärt man[5]) den Ausdruck compromissum aus einem juristisch unrichtigen, rednerischen Gebrauch und schliesst aus der Formel, dass der Vorprocess ein gerichtliches Arbitrium gewesen sei. Aber gerade um der Formel willen kann ich nicht zustimmen; sie deckt sich nicht mit der früher von Cicero für die gerichtlichen arbitria angegebenen; die der letzteren lautete:

quantum aequius melius sit dari

die des Vorprocesses:

---

[3]) Rudorff (R. Rechtsg. Bd. 2 § 68 N. 10) nimmt ein Compromiss an, aber er hat leider seine Ansicht nicht näher ausgeführt. Puchta in seiner Abh. über Ciceros Rede (Rhein. Mus. f. Jurispr. Bd. 1 S. 321 f.) berührt die Frage nur sehr kurz, und lässt sie unentschieden.

[4]) Ueber die Worte si peteres s. unten die Note 6.

[5]) Bethmann-Hollweg Bd. 2 S. 809 Note 12. Hingegen Schmidt in seiner Inauguraldissertation p. 4 und Huschke in Schneiders Jahrb. 7, 484 behaupten, dass auch bei bonae fidei iudicia ein Strafversprechen für den Fall des Unterliegens eingegangen zu werden pflegte, und lediglich dies werde durch das Wort compromissum ausgesprochen; ihnen hat bereits Bethmann-Hollweg a. a. O. erwiedert, dass die Quellen nichts hiervon wissen.

quantum aequius et melius sit dari *repromittive* . . .

Uns ist keine gerichtliche Formel bekannt, die auf dari *repromittive* gerichtet wäre; neben dem dari kommt das fieri, das damnum decidere, vielleicht auch das praestare vor, niemals aber das *repromittive.* Und diese Formel, wenn sie existirte, müsste erhalten sein, da der Geschworene bei allen bonae fidei iudicia die Berechtigung zur Auferlegung von Cautionen hat:

> l. 38 pr. D. soc. 17, 2: pro socio arbiter prospicere debet cautionibus in futuro damno vel lucro pendente ex ea societate; quod Sabinus in omnibus bonae fidei iudiciis existimavit sive generalia sunt, veluti pro socio, negotiorum gestorum, tutelae, sive specialia veluti mandati, commodati, depositi.

Man lese doch nur die beiden Formeln, welche uns im zwanzigsten Capitel der lex Rubria überliefert sind, und welche gerade eine Klage wegen unterbliebener stipulatio damni infecti betreffen; beide Male lauten sie auf: quicquid eum Q. Licinium ex ea stipulatione L. Seio dare facere oporteret ex fide bona, trotzdem in beiden wiederholentlich hervorgehoben wird, dass der Verklagte Q. Licinius eo nomine qua de re agitur L. Seio damni infecti repromittere (satisdare) noluit. — Erklärlich wird die Formel des Vorverfahrens quantum aequius et melius sit dari repromittive[6]) erst dann, wenn wir es uns als ein schiedsrichterliches denken; einerseits nämlich wird jeder Compromiss mit einem gegenseitigen Strafversprechen

[6]) Nach repromittive haben die Editionen «si pareret», so dass man wieder an eine Processformel erinnert wird, allein die Handschriften lesen «si peteres» oder «si peieres»; mag auch dieser Text corrupt sein: jedenfalls fällt der Hinweis auf die Processformel hinweg.



eingeleitet; andererseits war die Fassung dieses Versprechens keine fest abgeschlossene; die von den Compromittenten einzugehende Stipulation konnte also dahin gerichtet sein, dass Jeder eine Strafe versprach für den Fall, dass er dem ihm vom Schiedsrichter auferlegten dare oder repromittere nicht nachkam. Die Formel quantum aequius et melius sit dari repromittive ist nichts als ein Theil der von Fannius und Roscius behufs Einleitung des schiedsrichterlichen Verfahrens eingegangenen Strafstipulation; die Compromittenten verweisen den Schiedsrichter auf die Billigkeit, und unterwerfen sich, falls sie seinen nach der Billigkeit gefällten Spruch nicht befolgen, einer Strafe. Bestätigt wird meine Meinung durch das Wörtchen ve in repromittive; ich möchte es als unerhört bezeichnen, dass einem Geschworenen als Inhalt der Verpflichtung des Verklagten *wahlweise* die Leistung und das Versprechen einer Leistung angegeben wird; wo eine Caution geschuldet, aber nicht geleistet wird, da wird auf den Geldwerth condemnirt:

> l. 19 D. de ev. 21, 2: si dupla non promitteretur et eo nomine agetur, dupli condemnandus est reus [7]).

Der Schiedsrichter hingegen, welcher ein völlig freies Ermessen hat, welcher bei seinem Spruch nicht an die gesetzlichen Vorschriften gebunden ist [8]), wird oft aus Billigkeitsrücksichten statt des sofortigen dare ein Versprechen auferlegen. — Endlich stimmt auch der Fortgang der Darstellung in §§ 12. 13, in welchen Cicero auf die *Person* und die *Stellung* des Urtheilers

---

[7]) cf. l. 11 § 9 D. de act. emti 19, 1: idem ait, non tradentem, quanti intersit, condemnari; *satis autem non dantem, quanti plurimum auctorem periclitari oportet.*

[8]) l. 27 § 2 D. de rec. 4, 8.

eingeht, zu meiner Auffassung. Im § 12 berührt Cicero die *Person* des Urtheilers im Vorprocess resp. im gegenwärtigen Process; in beiden ist es C. Piso; nun fügt Cicero hinzu:

> eundem tu arbitrum et iudicem sumebas? *eidem et infinitam largitionem remittebas* et eundem in angustissimam formulam sponsionis concludebas?

Die infinita largitio passt nicht auf den gerichtlichen arbiter, er ist nicht von allen gesetzlichen Vorschriften befreit, und sein Urtheil kann angefochten werden (zu Ciceros Zeit nur in sehr beschränktem Umfange). Dahingegen passt die infinita largitio durchaus auf den Schiedsrichter, dessen Spruch, er mag billig oder unbillig sein, unanfechtbar ist:

> l. 27 § 2 D. de rec. 4, 8: stari autem debet sententiae arbitri, quam de re dixerit, *sive aequa sive iniqua sit* . . .[9])

Im § 13 berührt Cicero die *Stellung* des Urtheilers im Vorprocess resp. im gegenwärtigen:

> caeteri quum ad iudicem causam labefactari animadvertunt, ad arbitrum conveniunt, hic ab arbitro ad iudicem venire est ausus . . .

Cicero beginnt also mit der Bemerkung, dass der Kläger bei zweifelhaften Rechtsansprüchen sich nicht an einen iudex wende, sondern an einen arbiter; die Bemerkung ist nur dann haltbar, wenn man unter arbiter einen Schiedsrichter versteht; denn Cicero spricht sie in ganz allgemeiner Weise aus, er unterscheidet nicht die verschiedenen Arten der Obligationen, und wie wäre es denkbar, dass ein Darlehnsgläubiger,

---

[9]) Vgl. auch die Schilderung bei Seneca de benef. 3, 7: libera et nullis adstricta vinculis religio sowie de clem. 2, 7: liberum arbitrium habet, non sub formula sed ex aequo et bono iudicat et absolvere illi licet, et quanti vult taxare litem.

statt des iudex einen arbiter im Sinne eines gerichtlichen arbiter wählt?

2. Als zweiten Grund für die Meinung, dass der Vorprocess ein ordentliches gerichtliches Verfahren gewesen, wird angeführt, dass der Kläger den Arbiter gewählt habe, während über den Schiedsrichter beide Theile von vornherein übereinkommen[10]). Dieser Behauptung liegt irgend ein Missverständniss zum Grunde; Cicero spricht von der Bestellung des Urtheilers im Vorprocess an zwei Stellen:

§ 12 ... Ipse C. Piso est; eundemne tu arbitrum et iudicem *sumebas?*

§ 26 ... Dic nunc, Roscium abs te petisse, ut familiarem suum *sumeres* arbitrum ...

In keiner von beiden erklärt Cicero, dass Fannius im Vorprocess den Piso als Richter vorgeschlagen habe (— das ist doch der Sinn der gegnerischen Behauptung —); der Vorschlag wird bekanntlich mit iudicem *ferre* ausgedrückt; Cicero aber braucht beide Male die Redeweise: iudicem, arbitrum *sumere;* dieser Ausdruck wird aber gerade gebraucht, um die Einigkeit beider Theile zu bezeichnen, und Rudorff[11]) hebt ausdrücklich hervor, dass er besonders beim Compromiss üblich ist; man vergleiche

l. 33 D. de rec. 4, 8: arbiter ita *sumtus* ex compromisso ... Pauli sent. rec. V, 5ª § 1: ... ex compromisso autem iudex *sumtus* rem iudicatam non facit ....

Hiernach lässt sich mit viel mehr Recht behaupten, dass Ciceros Bericht über die Wahl des Urtheilers den Vorprocess zu einem schiedsrichterlichen Verfahren stempelt.

---

[10]) Bethmann-Hollweg a. a. O. Note 13.

[11]) Röm. Rechtsg. Bd. 2 § 9 N. 3.

3. Als drittes Argument fungirt der Ausgang des Vorprocesses; Cicero schildert ihn im § 26 in folgender Weise:

.. *Dic pactionem fecisse (Roscium), ut absolveretur; non pepigit.* Quaere, quare sit absolutus; quod erat summa innocentia et integritate. Quid enim factum est? Venisti domum ultro Roscii; satis fecisti; quod temere commisisti[12]) in iudicium ut denuntiaret, rogasti ut ignosceret; te adfuturum negasti; debere tibi ex societate nihil clamitasti; iudici hic denuntiavit; absolutus est. Tamen fraudis ac furti mentionem facere audes? Perstat in impudentia; *pactionem enim, inquit, mecum fecerat, idcirco videlicet ne condemnaretur.*

Hiernach ist Roscius freigesprochen worden, und zwar, weil Fannius (nachdem Piso einen für Fannius höchst günstigen Vergleich vorgeschlagen hatte), den Roscius beauftragte, vor dem Richter zu erklären, dass er die Klage ohne Grund angestellt habe, und weil er zur Bekräftigung dieses Auftrags vor dem Richter nicht erschien. Bethmann-Hollweg weist nun darauf hin, dass das Compromiss durch Vergleich aufgehoben werde, ohne dass ein Urtheil erfolge[13]), und behauptet, dass die Freisprechung des Roscius erfolgte, trotzdem er sich mit Fannius verglichen; er schliesst daraus, dass das Verfahren kein compromissarisches gewesen sein könne. Diese Argumentation leidet an dem Fehler, dass sie einen unter den Parteien lebhaft ventilirten Streitpunkt ohne weiteren Beweis im Sinne der einen

---

12) Schon Bethmann-Hollweg hat die Conjectur «compromisisti» aufgestellt.

13) l. 32 §§ 3. 5 D. de rec. 4, 8.

entscheidet[14]). Der oben angeführte Text der Ciceronianischen Rede zeigt ja, dass Roscius den Vergleich leugnete, Fannius ihn behauptete, und ich werde später nachweisen, dass der Vergleich von Piso vorgeschlagen, aber bloss von Fannius und nicht von Roscius vollzogen worden ist.

Die Freisprechung des Roscius erfolgte, weil Fannius durch diesen dem Arbiter erklären liess, dass er keinen Grund zur Aufrechterhaltung des Compromisses habe, m. a. W. dass er es fallen lasse. Dass übrigens die Freisprechung in Abwesenheit des Klägers erfolgte, ist kein Grund gegen die Annahme eines Compromisses; denn wenn auch in der Regel der Schiedsrichter nur in Anwesenheit beider Parteien sein Laudum fällen soll, so können doch die letzteren verabreden, dass die Abwesenheit kein Hinderniss sein solle[15]), und die Cautelarjurisprudenz der Römer hat sicherlich hierauf die gebührende Rücksicht genommen[16]).

Im Vorhergehenden ist die gegnerische Meinung nicht bloss widerlegt sondern auch die meinige begründet worden. Noch aber ist ein Hauptargument anzuführen.

Bethmann-Hollweg[17]) allein hat die volle Consequenz der gegnerischen Meinung gezogen. Da nämlich Cicero wiederholt hervorhebt, dass der Vor- und der gegenwärtige Process denselben Gegenstand betreffen, so würde, falls die gegnerische Meinung richtig wäre, der Satz aufgestellt werden müssen, dass die condictio

[14]) Dieser Vorwurf trifft nur Bethmann-Hollweg, nicht Schmidt; dieser letztere (S. 5 Note 12) macht auf den Streitpunkt aufmerksam.

[15]) l. 27 § 4 D. de rec. 4, 8.

[16]) Dass dies auch die Meinung Rudorffs war, folgt aus seinem Entwurf des Compromissvertrages (R. Rechtsg. Bd. 2 § 68 S. 224 f.).

[17]) a. a. O. Note 42 auf S. 820.

(der gegenwärtige Process) durch die Litiscontestatio mit der actio pro socio (dem angeblichen Charakter des Vorprocesses) nicht consumirt wurde. Das wird von Bethmann-Hollweg behauptet, aber es widerspricht direct der

> l. 5 D. de exc. rei iud. 44, 2: de eadem re agere videtur, et qui non eadem actione agat, qua ab initio agebat, sed etiamsi alia experiatur, de eadem tamen re. Utputa si quis mandati acturus, quum ei adversarius iudicio sistendi causa promisisset, propter eandem rem agat negotiorum gestorum *vel condicat, de eadem re agit.*

Es lässt sich überdies aus inneren Gründen nicht halten. Die gegen Roscius angestellte Klage ist die cond. certi (§ 12); nun habe ich in § 1 die Condictio als abstracte Klage mit der in rem actio non expressa causa verglichen; es lehren aber die Quellen, dass, wenn Jemand die vindicatio expressa causa angestellt hat, er später die vindicatio nicht mehr non expressa causa sondern nur alia causa expressa anstellen dürfe:

> l. 11 § 2 D. de exc. rei iud. 44, 2: si quis autem petat fundum suum esse eo, quod Titius eum sibi tradiderit, si postea alia ex causa petat *causa adiecta* non debet summoveri exceptione.

Es ist eine zwingende Analogie vorhanden, dass derjenige Gegenstand, welcher mit der act. pro socio eingeklagt worden, nicht später mit der der Causa entbehrenden Condictio gefordert werden kann; denn in der letzteren würde ja die im Vorprocess geltend gemachte Causa wieder mitbegriffen und die exc. rei in iudicium deductae resp. iudicatae begründet sein. — Uebrigens macht Cicero in § 25 dem Kläger einen Vorwurf, weil er gegenwärtig nicht die act. pro socio sondern die cond. certi angestellt habe:

nam quo tu tempore illa formula (scil. pro socio) uti noluisti, nihil hunc in societatem fraudis fecisse iudicasti . . .

Der Vorwurf wäre undenkbar, wenn Fannius schon vorher einmal die act. pro socio angestellt hätte, da ihm dann die exc. rei in iudicium deductae entgegengestanden haben würde; über dieses Argument kommt Bethmann-Hollweg (S. 822 f.) nur dadurch hinweg, dass er den Cicero der «absichtlichen Ignorirung» beschuldigt; es ist dies ein wohlwollender Ausdruck für Lüge, und eine Lüge, die dem Richter sofort offenbar ist, darf man doch nur einem kopflosen Advocaten zutrauen.

Ich wende mich zu dem von Piso vorgeschlagenen Vergleich, zufolge welches das Vorverfahren ein Ende nahm, über dessen Abschluss aber, wie bemerkt, die Parteien streiten. Cicero schildert ihn mit folgenden Worten:

> Tu enim (Piso) Q. Roscium pro opera, pro labore, quod cognitor fuisset, quod vadimonia obisset, rogasti ut Fannio daret HS CCCIↃↃↃ hac condicione, ut, si quid ille exegisset a Flavio, partem eius dimidiam Roscio dissolveret (§ 38).

Man erinnere sich, dass im Vorverfahren Fannius bloss 50 000 Sesterzen gefordert hatte, indem er den Werth des von Flavius an Roscius gegebenen Grundstücks auf 100 000 Sesterzen schätzte. Was vermochte den Piso, über das Petitum des Klägers bei seinem Vergleichsvorschlage hinauszugehn? Frühere Interpreten haben deshalb die Vergleichssumme durch Conjectur herabzusetzen gesucht; Schmidt und Bethmann-Hollweg halten an der handschriftlichen Summe fest, weil nach dem Bericht Ciceros[18]) einerseits Fan-

---

[18]) Vgl. §§ 4. 51 der Rede.

nius die Summe von 100 000 Sesterzen als Schuld des Roscius in seine Adversarien eintrug, andererseits, weil Roscius dem Fannius 50 000 Sesterzen als Hälfte der Schuld zahlte (§ 51 der Rede). Ohne Zweifel muss man ihnen zustimmen. Cicero giebt ja auch zwei Gründe für die Ueberschreitung des Petitum an: die Mühewaltung des Fannius als Cognitor des Roscius, die Gefahren, die ihm aus den Vadimonien erwuchsen. Vielleicht sind diese Gründe nur eine wohlwollende Verhüllung derjenigen Motive, welche den Piso in Wirklichkeit leiteten[19]).

Man kann sich nämlich bei Beurtheilung des Vorprocesses auf einen doppelten Standpunkt stellen: auf den juristischen oder auf den des guten Anstandes.

Vom juristischen Standpunkt aus kann man die Frage aufwerfen, ob zur Zeit überhaupt eine Societas zwischen Roscius und Fannius bestand; die Societas bezüglich des Panurgus war aufgelöst durch dessen Tödtung[20]); die act. legis Aquiliae stand jedem Miteigenthümer bezüglich seines Antheils völlig selbständig und ohne Zusammenhang mit der des anderen zu; dahingegen kann die Behauptung aufgestellt werden, dass die früheren Socii eine neue Societas bezüglich des Processes gegen Flavius eingegangen waren (— ich komme hierauf später im § 13 zurück —); von hier aus kann man höchstens den Roscius für schuldig erachten, die Hälfte des empfangenen Vergleichsobjects

---

[19]) Bethmann-Hollweg erklärt den Vergleichsvorschlag für parteiisch zu Gunsten des Fannius, ohne die Parteinahme zu motiviren. Schmidt denkt, dass noch andere Societätsforderungen bestanden, aber mit keinem Worte werden solche erwähnt; Huschke spricht von Vorspiegelungen des Fannius gegenüber Roscius, um diesen zu der hohen Summe zu bewegen; hätte Cicero ihm diese nicht vorgehalten?

[20]) Daher Ciceros Worte in § 38: in societate dissoluta.

an Fannius herauszugeben; die darüber hinausgehende Vergleichsproposition des Piso ist juristisch unhaltbar.

Anstandsrücksichten freilich mussten den Roscius unbedingt abhalten, hinter dem Rücken des Fannius sich mit Flavius zu vergleichen; ein Vergleich hinter dem Rücken des Fannius ist es gewesen, sonst wäre er Fannius nicht so viele Jahre unbekannt geblieben. Fannius schrie über Betrug und Diebstahl, und noch im gegenwärtigen Process wiederholte er dies (§ 16 bis 26 der Rede). Natürlich ist diese Anklage nicht wörtlich und juristisch zu nehmen, sondern als der Vorwurf eines rücksichtslosen, im Handel und Wandel unerhörten Benehmens. Man denke nur: eine materielle Auslage hatte nur Fannius gehabt, er allein warf den Panurgus in die Societät, der Beitrag des Roscius war ein Zeitaufwand, und sicherlich ein Zeitaufwand, der den Roscius in seinem schauspielerischen Gewerbe nicht störte[21]), also ihm nichts kostete; hierauf führte Fannius auch den Process gegen Flavius nicht bloss für sich sondern auch für Roscius, er also benahm sich in der Art eines braven Gesellschafters, und trennte sein Interesse nicht von dem des Roscius. Und nunmehr vergleicht sich Roscius für seinen Theil mit Flavius! Das formelle Recht hierzu besass er unzweifelhaft; gebot aber nicht die gute Sitte, dass er alle Vergleichspropositionen des Flavius, wenn sie nur seinen Theil betrafen, zurückwies? Musste er nicht wenigstens vor Abschliessung des Vergleichs dem Fannius Mittheilung machen, und diesem Gelegenheit zur Wahrung seines Interesses geben? Ich weiss nur Einen Entschuldigungsgrund für Roscius: es ist die

[21]) Cicero sagt bloss, dass es dem Roscius viel Mühe und Aerger kostete: summo cum labore, stomacho miseriaque erudiit (§ 31 der Rede).

bekannte schauspielerische Leichtsinnigkeit oder (wenn dies Wort einem Roscius gegenüber zu hart ist) Unerfahrenheit in allen Geldsachen. Cicero hat gut reden, dass Fannius sich auch hätte vorsehen und auch einen Vergleich hätte abschliessen sollen (§ 32 der Rede); der Umstand, dass Flavius nicht baares Geld, sondern einen Acker leistete, beweist doch augenscheinlich, dass er nicht vollkommen zahlungsfähig war, und dass Roscius auf Kosten seines früheren Socius sein eignes Interesse wahrnahm. In der That, der Character des Roscius lief Gefahr, mit einem Makel behaftet zu werden; für eine der Oeffentlichkeit angehörige und wegen ihrer künstlerischen Grösse in den höchsten Gesellschaftskreisen zugelassene Persönlichkeit war die Gefahr von grosser Bedeutung; die gesellschaftliche Stellung des Roscius stand auf dem Spiel. Hier ist das grosse Geschick des Piso anzuerkennen. Die bisherigen Interpreten [22]) erklären ihn für parteiisch, und machen ihm eine entschiedene Begünstigung des Fannius zum Vorwurf. Ganz das Gegentheil findet statt; er räth dem Roscius, sich energisch aus der schmutzigen Affaire zu ziehen, und — wenn der Ausdruck gestattet ist — den ganzen Bettel dem Fannius an den Hals zu werfen; bloss die Ehre des Roscius liegt ihm am Herzen, diese aber wahrt er materiell und formell; materiell: durch die (offenbar fadenscheinige) Bezugnahme auf die Mühewaltung und Gefahren des Fannius als Cognitor [23]), formell: durch die

[22]) Zuletzt noch Bethmann-Hollweg, S. 808 in Note 11.

[23]) Es ist hierbei bemerkenswerth, dass nach Ciceros Mittheilung die *ganzen* 100000 Sesterzen für diese Mühewaltung und Gefahren gezahlt werden, und dass es falsch wäre, die Summe in zwei Hälften getheilt zu denken: die eine Hälfte für die Cognitorfunction, die andere Hälfte als Zahlung der Societätsschuld. Dies thut Bethmann-Hollweg.

ungemein höfliche Form des Vergleichsvorschlags, tu enim (sagt Cicero in § 38) Q. Roscium ... *rogasti* ut Fannio daret HS ccciↄↄↄ; nicht einen puren schiedsrichterlichen Vergleichsvorschlag macht Piso dem Roscius, er unterstützt ihn durch seine *Bitte*, und um zugleich der Welt darzuthun, dass Roscius keineswegs ohne Rechtsansprüche sei, so verpflichtet er den Fannius zu dem Versprechen, die Hälfte dessen, was er später von Flavius erhalten sollte, an Roscius herauszugeben. Natürlich war durch diesen Vorschlag Fannius so erfreut, dass er seinen Gleichmuth verlor; er eilt zu Roscius, und dort kommt es zu der bereits oben erwähnten Scene: Fannius bekennt laut, völlig im Unrechten zu sein, er habe gar nichts aus der Societät zu fordern, er habe ganz ohne Grund das Compromiss geschlossen, er werde auch nicht mehr vor dem Arbiter erscheinen, er bat um Verzeihung, er erschien nicht mehr vor dem Arbiter, und Roscius wurde von dem letzteren freigesprochen (§ 26 der Rede).

Ist der Vergleich erfüllt worden?

Unzweifelhaft von Fannius; Cicero erzählt nicht bloss, dass er das Versprechen abgegeben[24]), sondern er führt den Wortlaut der Restipulation an:

> *Quod a Flavio abstulero, partem dimidiam inde Roscio me soluturum spondeo* (§ 37 der Rede).

Was Roscius betrifft, so wird die Frage, ob er die Zahlung der 100 000 Sesterzen in einer juristisch bindenden Form versprochen, erst später erörtert werden, da sie eben eine Hauptfrage des gegenwärtigen Pro-

[24]) Satisfecisti im § 26 der Rede; ferner: qua malum stultitia fuit Roscius, qui ex iurisperitorum consilio et auctoritate restipularetur a Fannio diligenter, ut, quod is exegisset a Flavio, dimidiam partem sibi dissolveret im § 56 der Rede.

cesses ist. Jetzt mache ich darauf aufmerksam, dass Piso an *sofortige* Zahlung dachte (rogasti ut *daret* im § 38); Roscius zahlte denn auch die eine Hälfte mit 50 000 Sesterzen (§ 51 der Rede); die andere Hälfte liess er unbezahlt, vielleicht deshalb, weil er hoffte, dass Flavius an Fannius eine Zahlung machen werde; in der That behauptet Roscius im gegenwärtigen Process, dass Flavius dem Fannius 100 000 Sesterzen gezahlt habe; Fannius freilich bestreitet diese Behauptung, und der Beweis, welchen Cicero antritt (§ 42—51 der Rede), kann keineswegs als ein gelungener gelten. Er beruft sich auf den Richter in dem zwischen Fannius und Flavius schwebenden Vorprocess; dieser, der Römische Ritter Cluvius, habe zweien Senatoren, dem T. Manilius und C. Luscius im Privatgespräch die betreffende Mittheilung gemacht; die Senatoren beeideten ihre Aussage und Cicero liess sie verlesen. Ich verstehe nicht, wie Bethmann-Hollweg auf Grund dieser Aussage es als feststehend annimmt, dass Flavius an Fannius die Zahlung von 100 000 Sesterzen wirklich geleistet habe; die Zeugen sind doch reine testes de auditu, und der es ihnen mittheilte, war unbeeidet. Ich begreife nur soviel, dass Roscius von der Zahlung im höchsten Grade überzeugt war, und dass er deshalb sich weigerte, die zweite Hälfte der von Piso vorgeschlagenen Summe zu zahlen. Zur Compensation stellte er seine Gegenforderung aus der Restipulation, die doch durch die angebliche Zahlung des Flavius an Fannius existent geworden war, nicht; er konnte dies nicht, weil dies zu damaliger Zeit noch nicht zulässig war (Gaius 4, 63 sqq.), sondern er leugnete dass er zur Zahlung verpflichtet sei.

§ 12. Fortsetzung. Die cond. certi gegründet auf pecunia credita (Literalcontract).

Man erwartet nach dem Vorhergehenden, dass Fannius gegen Roscius die Klage auf Erfüllung des Vergleichs, soweit letzterer noch unerfüllt war, anstellte. Als solche Klage pflegt man, falls nicht der Vergleich in einen bestimmten benannten Vertrag ausläuft, die actio praescriptis verbis anzugeben, da sich der Vergleich als ein Innominatcontract darstellt. Im vorliegenden Falle kann von der act. praescr. verbis nicht die Rede sein; ich lasse dabei die Streitfrage, ob sie schon zur Ciceronianischen Zeit existirte, bei Seite[1]), und hebe nur hervor, dass es sich hier um die Form facio ut des handelt (Fannius hat promittirt, Roscius soll zahlen), und dass bei dieser Form bekanntlich noch Paulus die act. praescr. verbis versagt[2]).

Die angestellte Klage ist die condictio certi, Cicero *bezeichnet* die Klage überhaupt nicht mit dem technischen Namen, er *beschreibt* sie nur mehrmals:

> § 10 pecunia tibi debebatur certa, quae nunc petitur per iudicem ...
>
> § 13 praeterea enim, quemadmodum certam pecuniam petere possit, non reperio.
>
> § 14 pecunia petita est certa ...

man darf sich deshalb nicht wundern, dass er den Aus-

---

[1]) Vgl. Rudorffs R. Rechtsg. Bd. 2 § 49 N. 19, Pernice, Labeo Bd. 1 S. 481 ff.

[2]) l. 5 § 3 D. de pr. verb. 19, 5.

druck *condictio* certi nicht gebraucht; er giebt ihre Formel an:

§ 11 *si paret* HS ꟾↃↃↃ *dari* ...

sie ist dieselbe wie die oben in §§ 3. 4 behandelten Formeln des Argentarius und des Darlehnsgläubigers; daher steht unter den Interpreten der Charakter der Klage als condictio certi fest.

Auch das steht unter den Schriftstellern fest, dass in der Klagformel die causa des klägerischen Anspruchs nicht angegeben war; denn nicht bloss fehlt die Causa in dem oben wörtlich mitgetheilten Bruchstück der Formel (gleichwie in den übrigen aus Gaius und den Institutionen citirten Bruchstücken), sondern auch die Deduction Ciceros in den §§ 13. 14 zwingt uns zu dieser Meinung:

> iam duae partes causae sunt confectae: adnumerasse sese negat, expensum tulisse non dicit, quum tabulas non recitat; reliquum est, ut stipulatum se esse dicat; praeterea enim, quemadmodum certam pecuniam petere possit, non reperio . . .

Die Klage des Fannius, meint Cicero, kann eine von drei Causae haben, und deshalb geht er alle drei durch; dass nicht *alle drei* in der Formel gestanden haben können, bedarf keiner Ausführung; mit Nothwendigkeit ergiebt sich, dass *keine* in der Formel stand[3]).

Enthielt aber die Formel keine Causa, so folgt mit Nothwendigkeit, dass sie *auf irgend welche Causa* gestützt werden konnte. Gegen diese Behauptung ist ein Einwand denkbar.

Wenn nämlich die cond. certi eine abstracte Klage

---

3) Savigny, System Bd. 5 S. 610.

ist, und demgemäss der Kläger sich auf irgendwelche Causa stützen kann: mit welchem Recht behauptet denn Cicero in dem S. 155 abgedruckten § 13, dass Fannius sich höchstens auf Darlehn, Stipulation, Expensilation stützen dürfe, eine sonstige Causa der Klage sei ihm unerfindlich? *Hier ist der Punkt, wo die bisherigen Interpreten*[4]) *einen wichtigen Umstand übersehen haben.* Ich habe oben zwei Stellen der Rede angeführt, an welchen Cicero die Klage beschreibt; an beiden sagt er nicht kurzweg, dass pecunia certa eingeklagt sei, sondern er fügt noch hinzu, dass die Parteien eine Wette auf den dritten Theil eingegangen sind:

> § 10 pecunia tibi debebatur certa, quae nunc petitur per iudicem, in qua legitimae partis sponsio facta est ...
>
> § 14 pecunia petita est certa, cum tertia parte sponsio facta est ... (vgl. auch die vorhergehenden Worte: formulae et sponsioni ...)

Nun wissen wir aus Gaius 4, 13, 171, dass die sponsio tertiae partis bloss bei certa pecunia *credita* stattfand. Dadurch bekommt die abstracte cond. certi doch wieder ein individuelles Gepräge, — ein Punkt, der mich noch später beschäftigen wird. Was aber ist pecunia *credita?* Gaius 3, 124 definirt sie:

> pecuniam creditam dicimus non solum eam, quam credendi causa damus sed omnem, quam tum, quum contrahitur obligatio, certum est debitum iri, id est quae sine ulla condicione deducitur in obligationem ...[5])

---

[4]) Auch die Schriftsteller, welche gelegentlich auf den Process eingehen, vgl. als letzten Pernice, Labeo 1, 418.

[5]) Voigt, über die cond. ob causam S. 269 nimmt an, dass der von Gaius aufgestellte Begriff der pecunia credita sich bloss auf die l. Cornelia de satisdationibus bezog.

so dass also auch der Kaufpreis einer Sache darunter fiele. Aber sicherlich ist dies nicht der Ciceronianische Begriff von pecunia credita. Man erinnere sich an die bekannte Stelle von African[6]), worin er erklärt, dass pecunia credita aus einer nuda pactio nicht entstehen könne, und dass der Procurator des Gläubigers, welcher die Schuld vom Schuldner eingezogen hat, nicht durch einen blossen Brief das Eingezogene in pecunia credita umwandeln könne. Danach ist auch der Kaufpreis, der vom Verkäufer dem Käufer creditirt wird, keine pecunia credita im Sinne Africans und ebensowenig in dem der Jurisprudenz zu Ciceros Zeit. Unzweifelhaft unterlag der Begriff der pecunia credita einer geschichtlichen Entwickelung: er begann mit dem Darlehn[7]), er schritt fort zur Stipulation und dem Literalcontract, er erreichte seine Vollendung in der Zulassung einer formlosen Creditabrede über irgend eine Schuld. Auf der zweiten Stufe steht der Begriff noch in dem Anfang des zweiten Jahrhunderts n. Chr.; wie man diese zweite Stufe erklären soll: ob mit Savigny, dass in der Stipulation und im Literalcontract ein fingirtes Darlehn gesehen wurde, oder mit Heimbach, dass alle Schulden aus negotia stricti iuris unter die pecunia credita subsumirt wurden: das kann hier völlig hingestellt bleiben. Für das Verständniss der Ciceronianischen Rede genügt die Feststellung, dass zu Ciceros Zeit der Begriff noch kein fertiger war; das Zeugniss des Africanus beweist dies unwiderleglich; ja, aus diesem Zeugniss folgt mit Nothwendig-

6) l. 34 pr. D. mand. 17, 1. Bekanntlich ist Ulpian in l. 15 D. de reb. cred. 12, 1 anderer Ansicht.

7) Voigt, üb. die cond. ob causam § 39 sqq. nimmt die Stipulation als Ausgangspunkt an.

keit, dass noch zu seiner Zeit zur pecunia credita bloss die adnumerata, stipulata, expensilata gerechnet wurden; ich wüsste wenigstens, wenn man mit Africanus die nuda pactio als Grund streicht, keinen Fall ausser jenen dreien anzuführen.

Nunmehr stellt sich die Klage des Fannius folgendermassen:

Er hat mit der cond. certi geklagt, und ist deshalb befugt, irgend welche Causa zur Begründung der Klage auszuführen; im Nachstehenden wird gezeigt werden, dass er zwei Causae behauptet: Literalcontract und Societät. Er hat aber gleichzeitig die sponsio und restipulatio tertiae partis mit Roscius abgeschlossen, und diese Wette gewinnt er nur dann, wenn er die pecunia credita beweist (im vorliegenden Fall den Literalcontract); gelingt ihm dieser Beweis nicht, so gewinnt er, wenn er eine andere Causa (im vorliegenden Fall die Societätsforderung) beweist, zwar das eingeklagte Processobject von 50 000 Sesterzen, er wird aber wegen der Restipulatio zu einem Drittel des Processobjects verurtheilt. Nach dieser Erörterung wird man die Worte Ciceros in §§ 14. 15 verstehen; nachdem er nämlich in den ersten 13 Paragraphen der Rede zu zeigen gesucht, dass keine pecunia credita vorliege, und den betreffenden Theil der klägerischen Ausführung sattsam widerlegt zu haben sich berühmt, fährt er also fort:

> Hic ego si finem faciam dicendi, satis fidei et diligentiae meae, satis causae et controversiae, satis formulae et sponsioni, satis etiam iudici fecisse videar, cur secundum Roscium iudicari debeat . . . quid ergo est? Quod et reus is est, cui res et pecunia levissima et existimatio sanctissima fuit semper, et iudex est is, quem nos non

minus bene de nobis existimare quam secundum nos iudicare velimus, et advocatio ea est, quam propter eximium splendorem ut iudicem unum vereri debeamus: *perinde ac si in hanc formulam omnia iudicia legitima, omnia arbitria honoraria, omnia officia domestica conclusa et comprehensa sint*, perinde dicemus. Illa superior fuit oratio necessaria, haec erit voluntaria; illa ad iudicem, haec ad C. Pisonem; illa pro reo, haec pro Roscio; illa victoriae, haec bonae existimationis causa comparata.

Cicero thut einen Augenblick so, als habe Fannius durch Abschluss der sponsio tertiae partis den *abstracten* Charakter der cond. certi abgestreift, als habe er sie dadurch in eine Klage mit den drei Causae der pecunia credita umgewandelt, und erklärt sein Amt deshalb als beendigt. Da er sich aber erinnert, dass diese Auffassung der sponsio tertiae partis weder der Gegner gelten lassen noch der Richter anerkennen wird, so erklärt er, freiwillig diejenigen Ausführungen geben zu wollen, wie sie die Natur einer abstracten Klage verlangt; das ist der Sinn der oben cursiv gedruckten Worte, in denen er verspricht, die Formel so aufzufassen, als wären in ihr *alle* iudicia legitima, *alle* arbitria honoraria beschlossen; rednerisch fügt er noch die officia domestica hinzu, die doch überhaupt in keine Formel passen. Puchta[8]) hat diese Worte missverstanden; er führt die regelmässige Gliederung der Reden bei den Römern an: principium, narratio, divisio, confirmatio, confutatio, conclusio, und bemerkt, dass diese Theile in der Praxis nach Bedürfniss des Falles eine andere

---

[8]) Rhein. Mus. f. Jurispr. 1, 319 f.

Ordnung erhalten konnten; dies konnte namentlich die narratio betreffen, und so habe denn Cicero die Narratio erst in dem zweiten Theil der Rede gebracht, der erste Theil (meint Puchta) sei bloss die Darlegung, dass der Anspruch des Fannius so, *wie* er erhoben worden, unbegründet sei. Meines Erachtens erhält der erste Theil der Rede gerade so gut eine Narratio wie der zweite; die Narratio des ersten bezieht sich auf die klägerische Behauptung, dass pecunia credita vorliege, die des zweiten auf die Begründung des klägerischen Anspruchs aus der Societät.

Pecunia credita ist *zu Ciceros Zeiten*, wie ausgeführt, dreifach: eine Schuld aus Darlehn, aus Stipulation, aus Literalcontract. Man streitet, welche Causa Fannius behauptet habe. Dass er kein Darlehn behauptet habe, sagt Cicero wiederholentlich; Heimbach und Puchta denken nun an Stipulation[9]), bei Abschluss des Vergleichs im Vorprocess habe Roscius ebenso 100 000 Sesterzen dem Flavius durch Stipulation versprochen, wie er umgekehrt von ihm durch Restipulation das Gegenversprechen empfing, dass er ihm die Hälfte des etwa von Flavius später Erhaltenen herauszahlen werde; Unterholzner, Schmidt und Bethmann-Hollweg denken an Literalcontract. Mit Sicherheit trete ich den letzteren bei. Cicero äussert sich so:

> § 13: Iam duae partes causae sunt confectae; adnumerasse sese negat, expensum tulisse non dicit, quum tabulas non recitat; reliquum est, ut stipulatum se esse dicat; praeterea enim, quemadmodum certam pecuniam petere possit, non reperio. Stipulatus es? ubi? quo die? quo tem-

---

[9]) Auch Keller, Inst. S. 109 spricht gelegentlich diese Meinung aus.

pore? quo praesente? quis spopondisse me dicit? Nemo ...

§ 14: Pecunia petita est certa, cum tertia parte sponsio facta est. Haec pecunia necesse est aut data aut expensa lata aut stipulata sit. Datam non esse Fannius confitetur; expensam latam non esse, codices Fannii confirmant; stipulatam non esse, taciturnitas testium concedit.

In sehr scharfen Nüancen zeichnen diese Worte die Stellung des Klägers zu den einzelnen Causae. Das Darlehn hatte Fannius *ausdrücklich* in Abrede gestellt; den Literalcontract hatte er behauptet, aber nicht unter Berufung auf *seinen* codex accepti, sondern (wie sich später ergeben wird) unter Berufung auf die Codices des Perperna und des Saturius sowie auf seine eigenen Adversarien; von der Stipulation hatte er völlig geschwiegen, sie weder vorgebracht noch darauf verzichtet; Cicero frägt deshalb (in § 13), ob er sie noch vorbringen wolle, und constatirt (in § 14), dass kein Zeuge davon rede; es kann kein Zweifel sein, dass Fannius darauf nicht recurriren wollte.

Was nun den Literalcontract betrifft, so würde ich es für einen Missbrauch erachten, wenn ich diese Materie einer neuen Prüfung unterzöge; noch unlängst (1873) gab Danz[10]) bloss einen Bericht über die bisher aufgestellten Meinungen, indem er hinzufügte, dass er nur Zweifels-, nicht aber Entscheidungsgründe geben könne, dass er nichts positiv Besseres an Stelle des ihm zweifelhaft Erscheinenden zu setzen habe. Diese Worte möchte ich mir fast zu eigen machen. Ich kann aber umsomehr die soviel ventilirten Streitfragen bei Seite lassen, als sie grösstentheils in Theophilus' Paraphrase ihren Grund haben, welche den

---

[10]) Lehrbuch der Gesch. d. R. R. II, 49.

Literalcontract an selbständige Urkunden knüpft, während Gaius ihn mit dem codex accepti et expensi in Verbindung bringt; die Rede Ciceros berührt nur den aus dem codex acc. et exp. hervorgehenden Literalcontract.

Thatsächlich muss Folgendes festgestellt werden:

1. Fannius hatte die eingeklagte Forderung nicht in seinen codex acc. et exp. eingetragen, sondern bloss in seine Adversarien. Es war dies ein unregelmässiges Verfahren, da der Sitte gemäss jeder, der einen Codex führte, die Eintragungen in denselben fast allmonatlich vornahm (§ 8 der Rede). Ob Fannius die Unterlassung rechtfertigte, ist nicht zu ersehen; Cicero wirft die rhetorische Frage auf, ob der Kläger zur Entschuldigung etwa anführen wolle, dass er die Schuld des Roscius nicht bekannt werden lassen wollte, ob er etwa von Roscius gebeten worden sei, die Eintragung zu unterlassen; er beantwortet sie sofort mit der Bemerkung, dass Fannius dann auch die Eintragung in die Adversarien hätte unterlassen müssen (§ 9 der Rede).

2. Dahingegen behauptete Fannius, dass seine Forderung in die Codices von M. Perperna und P. Saturius eingetragen worden sei. Dies ist der Sinn der Worte in § 3:

> Paullo ante M. Perpernae, P. Saturii tabulas poscebamus, nunc tuas, C. Fanni Chaerea, solius flagitamus ...

Den Interpreten ist mit Ausnahme von Schmidt diese Stelle entgangen; Cicero hatte kurz vorher das Verlangen gestellt, Kläger solle *seinen* codex acc. et expensi vorlegen, und zugesagt, dass falls darin die Forderung eingetragen stände, er gegen die Verurtheilung des Verklagten nichts einwenden wolle. Hieran knüpft er die oben gedruckten Worte; er hatte

also in dem uns verloren gegangenen Theil die Vorlegung der Codices von Perperna und Saturius verlangt, und das kann nur dann Sinn gehabt haben, wenn Kläger die Behauptung aufgestellt, dass die Forderung dort eingetragen sei. Cicero bezweifelt zwar das Vorhandensein der Eintragungen, und will deshalb die Codices einsehen; indess können wir nicht auf seine Seite treten; denn einerseits sitzt Perperna als Berather des Piso, Saturius als Sachwalter des Klägers im Gericht; andererseits hat sich Fannius nach den bisherigen Erörterungen durchaus nicht von irgend einer Seite her als unglaubwürdig erwiesen.

Nunmehr ergiebt sich die interessante Rechtsfrage: Ist *unter so bewandten Umständen* die Eintragung in die klägerischen Adversarien ein Ersatz für die mangelnde Eintragung in den klägerischen Codex? Bethmann-Hollweg und Schmidt formuliren die Frage anders; sie meinen, es habe sich darum gehandelt, ob durch Eintragung in die Adversarien ein Literalcontract entstehe; Schmidt[11]) bejaht die Frage schlechthin, Bethmann-Hollweg lässt sie *für Ciceros Zeit* unentschieden, indem er hinzufügt, dass vielleicht damals die Bedingungen des Literalcontracts noch nicht ganz festgestanden haben. Diese schwankende Bemerkung ist sicherlich ungegründet; unzählige Stellen gerade bei Cicero zeigen, dass der Literalcontract damals ein völlig ausgebildetes Institut war. Auf der anderen Seite wäre es ein Räthsel, wie die Adversaria, wenn

[11]) Bei Bethmann-Hollweg finde ich seine Meinung nicht auffallend; er hat die Worte des § 3 übersehen; dahingegen habe ich es nicht verstanden, wie Schmidt, trotzdem er den § 3 richtig interpretirte, dennoch bei der Fragestellung ihn ganz ausser Acht lassen konnte; er ist dann zu dem Schluss gekommen, dass zu Ciceros Zeit die Eintragung in die Adversarien einen Literalcontract erzeugt.

sie dem Codex acc. et exp. gleichgestanden hätten, ihre juristische Bedeutung verlieren konnten. Wenn endlich die alten Schriftsteller über den codex acc. et exp. sehr viel, über die Adversarien fast nichts berichten (— ausser in unserer Rede und einer Stelle bei Cornelius Nepos werden sie fast nirgends berührt —), so kann der Grund doch nur darin gelegen haben, dass die Adversarien juristisch keine Rolle spielten; auch die Justinianische Compilation enthält der Zeugnisse über den codex acc. et exp. mehrere; die Adversarien übergeht sie mit Stillschweigen.

Ganz anders stellt sich die Sache, wenn für die klägerische Forderung zwei Eintragungen in Codices aufgewiesen wurden, freilich Eintragungen nicht in den klägerischen Codex, sondern wie bemerkt in die von Perperna und Saturius. Die klägerische Behauptung lautete also folgendermassen: *es sei ein wahres nomen transcripticium vorhanden, entstanden durch Eintragung in Codices; allerdings befinde sich dabei eine gewisse Anomalie, es fehle die Eintragung in den Codex des Klägers, diese werde aber durch die in die klägerischen Adversarien ersetzt.*

Die Eintragung der nomina transcripticia in *fremde* Codices finden wir mehrfach erwähnt:

> § 1 der Rede: solent fere dicere, qui per tabulas hominis (hones)ti pecuniam expensam tulerunt: egone talem virum corrumpere potui, ut mea causa falsum in codicem referret . . .
>
> Cic. ad Att. 4, 18: haec pactio non verbis sed nominibus et perscriptionibus *multorum tabulis* quum facta esse diceretur . . .
>
> *Seneca* de benef. II, 15: Utinam quidem persuadere possemus, ut pecunias creditas tantum a volentibus acciperent! utinam nulla stipulatio emtorem venditori obligaret! nec pacta con-

ventaque impressis signis custodirentur! fides potius illa servaret et aequum volens animus! Sed necessaria optimis praetulerunt et cogere fidem quam spectare malunt; adhibentur ab utraque parte testes; *ille per tabulas plurium nomina interpositis parariis facit* ...

Idem de benef. II, 23: *Quidam nolunt nomina secum fieri nec interponi pararios nec signatores advocari nec chirographum dare;* idem faciunt, qui dant operam, ut beneficium in ipsos collatum quam ignotissimum sit ...

Gewöhnlich führt man noch eine Stelle aus der Justinianischen Compilation an:

l. 5 § 8 D. comm. 13, 6: Si tibi codicem commodavero, et in eo chirographum debitorem tuum cavere feceris egoque hoc interlevero, si quidem ad hoc tibi commodavero, ut caveretur tibi in eo, teneri me tibi contrario iudicio ...

Indess ist hier dic Mitwirkung des Dritten lediglich auf die Hergabe des Codex beschränkt; auch ist nicht der Gläubiger der Eintragende, sondern der Schuldner stellt ein Chirographum aus. Die Stelle ist daher kein Beleg für das nomen facere per tabulas aliorum.

Welch eine Bedeutung hat die Eintragung in fremde Codices? Cicero erklärt, es sei des Beweises wegen, denn es sei eine Anmassung, wenn ein Kläger sich auf seinen Codex berufe (§ 5 der Rede); auch Seneca ist dieser Meinung, denn er vergleicht in der oben abgedruckten Stelle (de benef. II, 23) diejenigen, welche keine Nomina machen und keine pararii (dies sind eben die Dritten, deren Codices benutzt wurden) zuziehen lassen wollen, mit Leuten, welche empfangene Wohlthaten möglichst verbergen möchten. Hält man diesen Stellen Gaius 3, 131 und Gellius XIV. 2 § 4 entgegen, so

möchte man auf den ersten Blick einen Widerspruch mit Cicero und Seneca annehmen. Gaius sagt nämlich bezüglich der nomina arcaria, dass der Codex obligationis factae testimonium praebere; dass er an den eigenen Codex des Darlehngebers denkt, ergiebt sich mit Nothwendigkeit daraus, dass er diesen als Eintragenden bezeichnet[12]). Wenn nun der Codex die nomina arcaria beweist, so hat er unzweifelhaft bezüglich der nomina transscripticia die gleiche Kraft gehabt. Auch Gellius erzählt von einem vor ihm als Geschworenen verhandelten Darlehn:

> sed qui petebat, neque tabulis neque testibus id factum docebat ...

Da er fremde und eigene tabulae nicht scheidet, so legt er offenbar *beiden* Beweiskraft bei. Ich sehe aber keinen Widerspruch zwischen diesen beiden Schriftstellern einerseits und Cicero resp. Seneca andererseits; denn beide leugnen ja nicht die Beweiskraft des eignen Codex[13]); Cicero namentlich erklärt es für *unanständig*, davon Gebrauch zu machen:

> suum codicem testis loco recitare, arrogantia est (§ 5 der Rede);

aber gerade diese Bezeichnung zwingt zu dem Schluss, dass *juristisch* der eigne Codex Beweiskraft liefert; und dies wird bestätigt durch die Worte des § 7:

> Itaque adversaria in iudicium protulit nemo, *codicem protulit, tabulas recitavit* ...

---

[12]) Wenn das nomen in fremde Codices eingetragen wurde, so war der Eigenthümer des Codex der Eintragende; dies ist schon an sich selbstverständlich und ergiebt sich aus § 1 unserer Rede; derselbe ist auf Seite 164 abgedruckt.

[13]) Anders Heimbach (Creditum S. 609); er legt deshalb der Stelle von Gaius einen höchst gekünstelten Sinn unter, nämlich dass der eigene Codex nur unter der Bedingung die nomina arcaria beweise, wenn zugleich eine Eintragung in fremde Codices erfolgt ist.

Die Eintragung in fremde Codices unterstützte den Beweis, erhob ihn über jeden Zweifel, namentlich in Fällen, wenn der Beklagte seinen Codex, in welchem das Nomen nicht eingetragen war, zum Zwecke des Gegenbeweises producirte.

Ist der fremde Codex nur ein Beweismittel, so begreift man, dass Gaius 3, 128 sqq. vollständig von der Eintragung in denselben schweigt. Gaius erörtert die *Entstehungs*gründe der Obligationen; es *entsteht* aber die Literalobligation durch Eintragung in den *eignen* Codex.

Damit ist aber auch die ganze Werthlosigkeit der klägerischen Behauptung aufgezeigt. Die Eintragung in den eigenen Codex hat eine ganz andere Bedeutung als die in den fremden, die erstere kann deshalb durch die letztere nicht ersetzt werden, und die letztere ist nicht im Stande, das, was der Eintragung in die eignen Adversaria fehlt, zu ergänzen.

Man erwartet nun, dass Cicero Folgendes ausführen würde. Es handle sich um einen Formalcontract, der, wenn auch nur im Geringsten in der Form gefehlt worden sei, nicht zur Giltigkeit gelange; im vorliegenden Falle könne man darüber streiten, ob die Form völlig mangle oder ob sie mangelhaft sei; erforderlich sei die Eintragung in den eignen Codex; statt dessen behaupte Kläger die Eintragung in *fremde* Codices und die in die *eignen* Adversaria; er zerlege das Eine und untheilbare Erforderniss in zwei incommensurable und unter einander nicht addirbare Halbheiten; das sei überall unzulässig, geradezu unerträglich sei es bei einem Formalcontract.

Man erwartet (sagte ich) eine solche Ausführung, aber Cicero giebt scheinbar eine andere; er schildert die nachlässige Abfassung der Adversaria, und die besonders aufmerksame des Codex; die Adversarien

nennt er perscriptiones et liturae, d. h. bei ihnen kommen Durchstreichungen vor, das Eingetragene kann also nicht den Anspruch auf Richtigkeit erheben; er nennt sie deiecta, weil sie nach Kurzem vernichtet werden (§§ 6 und 7 der Rede). Ich leugne nicht, dass auf den ersten Anblick die Ausführung Ciceros den Eindruck macht, als wolle er darthun, dass die Adversarien unmöglich als *Beweismittel* angezogen werden dürfen, während der Codex ein untrügliches Beweismittel ist. Allein Cicero macht doch auch eine Aeusserung, welche von einem ganz anderen Gesichtspunkt ausgeht. Quodsi (beginnt er den § 6) eamdem vim, diligentiam auctoritatemque habent adversaria quam tabulae, quid attinet, codicem instituere, conscribere, ordinem conservare, memoriae tradere literarum vetustatem? Cicero spricht also den Adversaria nicht bloss die Beweiskraft sondern die vis, diligentia, auctoritas des Codex ab; das *ist der von mir oben entwickelte Gesichtspunkt; er führt aus, dass der Codex unmöglich durch die Adversarien vertreten werden könne.* Man ist versucht, dem Cicero einen Vorwurf daraus zu machen, dass er diesen Gesichtspunkt nicht selbständig dargelegt, dass er ihn mit der Beweisfrage vermischt hat; allein liess sich denn beides absolut von einander getrennt halten? Ist nicht die Nachlässigkeit resp. die Sorgsamkeit der Abfassung einerseits der Grund dafür, dass dem einen die Beweiskraft abgesprochen wird, während sie dem anderen zukommt, andererseits dafür, dass der Literalcontract aus dem einen nicht hervorgehen kann, während er mit dem anderen verknüpft ist? Ich schlage dieses Argument so hoch an, dass ich nicht glaube, darauf Gewicht legen zu müssen, dass Cicero nur ein halber Jurist war, und dass die Rede vor Nichtjuristen gehalten wird, dass mithin Verschiebung oder Verwechselung der Gesichts-

punkte leicht erklärlich ist. Nicht Cicero trifft ein Vorwurf sondern — wenn man will — Roscius; dieser hatte sich dem Vergleichsvorschlag des Piso gefügt, er zahlte die Hälfte der Vergleichssumme mit 50 000 Sesterzen, er nahm die Restipulation des Fannius entgegen, sicherlich erfolgte die Eintragung der Vergleichsschuld in die Codices des Perperna und Saturius mit seiner (des Roscius) Einwilligung[14]); aber Fannius unterliess — aus welchem Grunde, ist nicht zu ersehen — die Eintragung in den eigenen Codex, und von diesem sei es zufälligen, sei es durch Absicht oder Nachlässigkeit veranlassten Umstand machte Roscius Gebrauch, um der Klage zu entgehen. Aber Roscius erklärte dieses Vorgehen durch eine Behauptung, die, wenn wahr, ihn vor jedem moralischen

---

[14]) Dass die Einwilligung des Schuldners nöthig war, ergiebt sich aus § 2 unserer Rede (scripsisset ille, si non *iussu huius* expensum tulisset?) und aus Valerius Maximus facta et dicta VIII. 2 § 2 (Visellius Varro ab Otalicia Lateranensi expensa *ferri sibi passus est* eo consilio, ut, si decessisset, ab heredibus eius summam peteret, libidinosam liberalitatem debiti nomine colorando). Die weitergehende Behauptung Heimbachs (Creditum S. 325 ff.), dass der Schuldner nicht bloss consentirend sondern schreibend mitgewirkt habe, stützt sich einerseits auf die Paraphrase des Theophilus III, 21, andererseits auf l. 13 D. ad sct. Vell. 16, 1. Allein die Stelle bei Theophilus bezieht sich (— ganz abgesehen davon, ob dem Theophilus Glaubwürdigkeit zukommt —) jedenfalls auf einen Literalcontract, welcher durch *selbständige* Urkunden und nicht durch Eintragung in den codex acc. et exp. perficirt wurde, und die l. 16 cit. beruht darauf, dass *nach* vollzogener Eintragung in den Codex des Gläubigers der Schuldner gleichfalls in seinen Codex eine Eintragung machte (§ 2 unserer Rede: non scripsisset hic, quod sibi expensum ferri iussisset? nam quemadmodum turpe est scribere, quod non debeatur, sic improbum est non referre, quod debeas); aber der Literalcontract entstand, wie aus Gaius mit Sicherheit hervorgeht, durch die Eintragung des Gläubigers.

Tadel sicher stellt, durch die Behauptung nämlich, dass Flavius später an Fannius 100 000 Sesterzen gezahlt habe; zwar konnte diese Behauptung nach den damaligen Grundsätzen über Compensation in dem gegenwärtigen Process nicht vorgeschützt werden; auch stand der Beweis dafür *juristisch* auf schwachen Füssen (S. 153), jedenfalls aber war er soweit erbracht, dass, falls der Einwand zulässig gewesen wäre, dem Beklagten — modern gesprochen — ein Reinigungseid hätte auferlegt werden müssen; bei solcher Sachlage erscheint mir Roscius wohlbefugt, einen anderweiten Mangel der Klage (die Nichteintragung in den Codex des Fannius) geltend zu machen, und ich möchte ihm deshalb auch nicht einen moralischen Vorwurf machen.

Das Resultat der bisherigen Erörterung ist, dass die Klage des Fannius, soweit sie pecunia credita behauptet, abgewiesen werden musste.

§ 13. Fortsetzung. Die cond. certi gegründet auf Societät.

Der zweite Theil der Rede beginnt mit dem § 16. Dass es sich hier um die Begründung der klägerischen Forderung aus der Societät handelt, und dass die Behauptung von Bethmann-Hollweg, es handle sich um causa furtiva oder um Bereicherung[1]), auch nicht den Schatten eines Beweises für sich hat: kann aufs klarste dargethan werden.

Sofort im § 16 frägt Cicero den Fannius, worauf er seine Forderung stütze, ob auf Societät oder auf Liberalität des Roscius? Mit der cond. certi konnte also

[1]) A. a. O. S. 819. 820.

ebensosehr die eine wie die andere geltend gemacht werden. Die Antwort erfolgt in Form einer rhetorischen Frage dahin, dass es Societät sei. Daran schliesst sich bis § 24 inclusive eine breitgetretene Darstellung des Charakters des Roscius und der Gesinnung des Fannius. Erst im § 25 nimmt Cicero die Erörterung der Sache selbst wieder auf, und wiederum frägt er den Kläger, warum er nicht die actio pro socio (sondern die condictio certi) angestellt habe; die Antwort lautet, dass Kläger im Hinblick auf die alte Bekanntschaft nicht *iudicio gravi* klagen wollte:

> § 25. Quae quum ita sint, cur non arbitrum pro socio adegeris Q. Roscium quaero. Formulam non noras? Notissima erat. Iudicio gravi experiri nolebas? Quid ita? Propter familiaritatem veterem ...

Diese Worte lassen den Kläger Fannius in gutem Licht erscheinen; die Verurtheilung des Beklagten in der act. pro socio hatte bekanntlich dessen Infamie zur Folge; es ist aber gute Römische Sitte, dass der Gläubiger seinen Schuldner vor dem Verlust der Ehre möglichst zu bewahren suchte; Cicero berichtet hiervon in einer anderen Rede[2]); nur gezwungen und widerwillig greift der Gläubiger zu diesem Mittel; vorher versucht er jedes andere, denn Niemand will dem Anderen den Strick um den Hals werfen, jeder will lieber als schonend gelten denn als rachsüchtig.

Nun ist eben die condictio certi (wie ich schon auf S. 10 unter Berufung auf l. 36 D. de o. et a. 44, 7 zeigte) das Mittel, das von dem Socius selbst im Fall der Verurtheilung die Infamie fern hält; denn das Urtheil in einer Klage ohne Causa, in einer abstracten Klage giebt nicht die Möglichkeit, dem Beklagten den

[2]) Pro Quinctio cap. 16 sqq.

Vorwurf zu machen, dass er die Societätspflichten verletzt habe; farblos ist die Klage, farblos muss auch das Urtheil sein; wie die erstere, so wird auch das letztere nicht an eine bestimmte Causa angeknüpft.

Meine obige Ausführung giebt die Begründung der Stelle, sie giebt auch die Erklärung des Verfahrens von Fannius; ihm bot die cond. certi insofern einen Vortheil, als er in ihr zwei Causae verbinden konnte (Literalcontract und Societät), aber sie bot auch dem Roscius den Vortheil, sich sicher zu wissen gegen die mit einer etwaigen Verurtheilung verbundene Infamie. Im Besitz dieses Vortheils und im Bewusstsein seiner Unentreissbarkeit hat Cicero leichtes Ablehnen; er behauptet, Kläger hätte entweder das arbitrium pro socio anstellen oder die Klage unangestellt lassen müssen (§ 25 der Rede). Aber er fügt sich der vom Kläger herbeigeführten Processgestaltung und geht nunmehr zu einer genaueren Darlegung der die Societät betreffenden Thatsachen über.

Bevor ich diese beurtheile, will ich nur noch den Klagantrag erläutern. Aus der Societät klagend konnte Fannius nur das halbe Grundstück verlangen; um die cond. certi zu begründen, musste er dasselbe schätzen, und da er es auf 100 000 Sesterzen schätzte (§ 32 der Rede), so konnte er das Petitum auf 50 000 Sesterzen bestimmen. Man hat das Schätzungsrecht des Klägers als etwas Postjustinianisches, Byzantinisches hinstellen wollen[3]); unsere Rede weist seine Existenz schon in republikanischer Zeit nach. —

Nunmehr wende ich mich zur Betrachtung der Societät.

Zuerst muss die Frage aufgeworfen werden: be-

---

[3]) Voigt, cond. ob causam S. 818 f. Heimbach, Creditum S. 116. 576 f.

steht wirklich eine Societät zwischen Fannius und Roscius? bestand sie namentlich zu der Zeit, wo Roscius sich mit Flavius verglich? Die Frage ist von den Interpreten bisher übersehen worden, sie setzten den Bestand der Societät als etwas Selbstverständliches voraus.

Und doch brauche ich nicht erst weitläufig zu beweisen, dass die Societät bezüglich des Panurgus durch dessen Tödtung aufgehoben worden war. Die Tödtung erzeugte für jeden Miteigenthümer eine besondere actio legis Aquiliae; zwischen den Klagen der beiden (bisherigen) Socii bestand nicht der geringste Zusammenhang; jeder konnte sie selbständig geltend machen[4]. Sicherlich gehen hierauf die Worte Ciceros im § 38:

> Cur in re tam vetere, in negotio iam confecto, *in societate dissoluta* nova haec restipulatio interponitur?

Die Frage ist also, ob *nach* der Tödtung (genauer: zwischen der Tödtung und dem von Roscius mit Flavius eingegangenen Vergleich) eine neue Societät abgeschlossen worden ist? Die hierher bezüglichen Thatsachen, welche einer Prüfung unterzogen werden müssen, sind: Roscius macht den Fannius zu seinem Cognitor in dem gegen Flavius anzustellenden Process, und Fannius stellt den Process theils für sich theils als Cognitor des Roscius an. Liegt hierin eine Societät?

An und für sich gewiss nicht; die Bestellung eines Cognitor ist ein mandatum agendi; ein solches kann ebensosehr einem völlig Uninteressirten wie einem Gleichinteressirten ertheilt werden; ein mandatum agendi an einen Gleichinteressirten bleibt Mandat,

---

[4]) Und dennoch sagt Puchta a. a. O. S. 324: »die beiden Socii hatten *gemeinschaftlich*, jeder für seinen Antheil am getödteten Sclaven, die act. leg. Aquiliae gegen Flavius«.

und begründet nicht eine Societät. Die Processführung durch den zum Cognitor bestellten Gleichinteressirten mag *thatsächlich* eine für Beide gemeinsame sein, *juristisch* ist sie ein *Neben*einander *zweier* Processführungen.

Aber wie nahe liegt diesem Mandat an den Gleichinteressirten die Societät! Die Grenze ist ungemein schmal, und mit zwei Worten wird sie überschritten. Man braucht bloss die Worte hinzuzufügen, dass die *Erfolge* des geführten Processes die beiden Gleichinteressirten gleich berühren sollen; dann ist die Societät fertig. Die Societät macht die beiden eingeklagten Forderungen nicht zu gemeinsamen; jeder bleibt Gläubiger in seiner bisherigen Forderung, er behält also auch das Dispositionsrecht über dieselbe, aber wenn er disponirt, so muss er dem Gesellschafter gegenüber culpa in concreto prästiren, und was er durch die Disposition erworben, muss er mit dem Gesellschafter theilen. Es ist die Sachlage dieselbe wie im *ersten* Falle der

> l. 58 pr. D. pro soc. 17, 2: ... Quum tres equos haberes et ego unum, societatem coivimus, ut accepto equo meo quadrigam venderes et ex pretio quartam mihi redderes. Si igitur ante venditionem equus meus mortuus sit, non putare se Celsus ait, societatem manere, nec ex pretio equorum tuorum partem deberi; non enim habendae quadrigae sed vendendae coitam societatem. Ceterum si id actum dicatur, ut quadriga fieret eaque communicaretur, tuque in ea tres partes haberes, ego quartam, non dubie adhuc socii sumus.

Hier wird eine societas vendendae quadrigae von derjenigen habendae quadrigae unterschieden; bei Obligationen ist die societas habendorum nominum

undenkbar, weil nach dem Satz der zwölf Tafeln nomina ipso iure divisa sunt; analog der societas vendendae quadrigae ist nur eine societas exigendorum nominum möglich, und hier wie dort muss, was der venditor resp. der exactor einnimmt, mit dem Gesellschafter getheilt werden.

Wenden wir uns zur Rede Ciceros.

Sicherlich behauptete Kläger eine societas exigendorum nominum; er ging sogar soweit zu behaupten, dass Roscius den Vergleich nicht bloss über seine sondern (offenbar als negotiorum gestor des Fannius) zugleich über dessen Forderung an Flavius abgeschlossen habe:

> §§ 34. 35. De tota re, inquit, decidisti . . .; societatis non suas lites redemit, quum fundum a Flavio accepit . . .

Diese Behauptung des Klägers war leicht zu widerlegen; Flavius hatte sich ja von Roscius nicht die cautio rati (amplius a se neminem petiturum in §§ 35. 36 genannt) bestellen lassen; Fannius hatte ja in der oben viel behandelten Restipulation dem Roscius die Hälfte von dem versprochen, was er von Flavius noch eintreiben werde; kurz, auch nach dem Vergleich zwischen Roscius und Flavius behielt Fannius seine Forderung an den letzteren (§§ 34—39 der Rede).

An der Behauptung der societas exigendorum nominum hielt Kläger auch fest, falls der Vergleich zwischen Roscius mit Flavius sich bloss auf seine Forderung bezog, und er forderte auch in diesem Falle die Herausgabe des halben Werththeiles mit 50 000 Sesterzen:

> § 52. Petisse, inquit, suam partem Roscium a Flavio confiteor, vacuam et integram reliquisse Fannii concedo, *sed quod sibi exegit, id commune societatis factum esse contendo . . .*

So hängt denn die Entscheidung des Processes einzig und allein von der Frage ab: ***bestand zwischen Roscius und Fannius ein blosses Processmandat oder zugleich eine societas exigendorum nominum?***

Wie stellt sich Cicero zu dieser Frage? Ich gebe zu, dass er die Societät nicht mit der wünschenswerthen Schärfe verneint; er nennt sogar Fannius und Roscius socii und spricht von deren partes — Ausdrücke, die bei Forderungen sicherlich unjuristisch sind, da nomina ipso iure divisa sunt. Scheinbar reitet Cicero auf dem Satz: was Jemand für sich erwirbt, braucht er einem Andern nicht herauszugeben. Nun ist doch aber dieser Satz so unwahr, dass man ihn einem Advocaten, der sicherlich durch Roscius' Vermittlung mit bedeutenden Juristen den gegenwärtigen Process durchgésprochen hatte, nicht zutrauen darf. Den wahren Sinn der Behauptung Ciceros erkennt man, wenn man einige andere Sätze hinzunimmt; er erinnert den Kläger daran, dass nur, weil er der Cognitor des Roscius war, er verpflichtet war, alles vom Flavius Erhaltene mit Roscius zu theilen, er zieht den Fall der Miterben heran, und zeigt, wie jeder Miterbe durch Verfügungen über seinen Theil für sich allein handelt. Das heisst doch mit anderen Worten: Derjenige, der in einer factischen oder in einer zufällgen Gemeinschaft mit einem Anderen steht, hat nicht die Pflichten eines Gesellschafters, er handelt für sich und lediglich für sich. Dazu tritt noch die Aeusserung in § 38: *in societate dissoluta,* die Cicero von der Zeit der Restipulation macht, also von der Zeit, wo die Pisonische Vergleichsproposition bereits ergangen, wo Fannius von Roscius längst zum Cognitor gemacht worden war.

Mit anderen Worten: Cicero leugnet die societas exigendorum nominum; und nach dem vorliegenden

Material hat er Recht. Trotzdem ich oben die Grenze zwischen mandatum exigendi an einen Gleichinteressirten und societas exigendorum nominum als sehr schmal und als leicht überschreitbar erklärte, so muss ich sie im vorliegenden Fall als gewahrt ansehen; nichts ist geschehen, als dass Roscius den Fannius zum Cognitor bestellte; wäre eine weitergehende Abrede zwischen ihnen getroffen gewesen, so hätte sie Cicero in dem uns erhaltenen Theile der Rede erwähnen müssen; ein kluger Advocat übergeht nicht die bedeutendsten Stützpunkte seines Gegners, er stellt sie auch nicht zurück, sondern er greift den Stier bei den Hörnern und ringt mit ihm; auf mich macht der erhaltene Redetheil einen so geschlossenen, einheitlichen Eindruck, dass ich mir nicht denken kann, es sei in dem untergegangenen Theil auch nur irgend eine wesentliche Thatsache oder Rechtsfrage erörtert worden, welche unser aus dem erhaltenen Theil geschöpftes Urtheil modificiren könnte. Puchta[5]) und Bethmann-Hollweg[6]) nehmen eine Societät an; sie bewegen sich, wie mir scheint, in dem Irrthum, als ob durch die Tödtung des Panurgus die Societät nicht aufgelöst wäre, und als ob der von Roscius mit Flavius abgeschlossene Vergleich noch unter dem Gesetze dieser angeblich noch fortdauernden Societät gestanden hätte. Nichtsdestoweniger gelangt Bethmann-Hollweg zur Freisprechung des Roscius deshalb, weil er annimmt, dass Roscius die Hälfte der 100 000 Sesterzen, die Flavius an Fannius gezahlt habe, compensiren dürfe; die Compensation sei zulässig, weil es sich um Feststellung der Bereicherung des Roscius handle, weil die Klage eine Bereicherungsklage sei. Ich habe

5) A. a. O. S. 324 f.
6) A. a. O. S. 825.

schon oben (S. 153) gezeigt, auf wie schwachen Füssen der Beweis der Zahlung von Flavius an Fannius stand, und ich kann nicht zugeben, dass auf diesen ungenügenden Beweis hin die Freisprechung des Roscius erfolgen durfte.

Ich gelange zur Freisprechung des Roscius auf Grund der Feststellung, dass nach dem Tode des Panurgus die Societät aufgelöst wurde, ohne Ansprüche unter den bisherigen Socien zu hinterlassen, und dass später keine neue Societät unter ihnen eingegangen wurde. Vielleicht wird behauptet werden, dass die Freisprechung auch bei Annahme einer societas exigendorum nominum erfolgen musste, da ja Roscius die Hälfte der Pisonischen Vergleichsproposition an Fannius bezahlt hatte; allein nach der ausdrücklichen Mittheilung von Cicero sollte Roscius die ganzen 100 000 Sesterzen pro opera, pro labore, quod cognitor fuisset, quod vadimonia obisset (§ 38 der Rede) zahlen[7]; die (angebliche) Societätsschuld blieb also von der Zahlung unberührt. — — —

§ 14. Die actio certae creditae pecuniae und cond. certi bei Heimbach und Voigt.

Heimbach unterscheidet von der cond. certi eine actio certae creditae pecuniae[1]); er bestimmt die Abweichung der einen von der anderen in folgender Weise:

1. Die act. certae cred. pec. hat eine Formel, welche sowohl in der Intentio als in der Condemnatio

[7]) Vgl. oben S. 151 Note 23.

[1]) Lehre vom Creditum S. 553 ff.

auf Römische certa pecunia gestellt ist; sie hat keine Demonstratio, überhaupt fehlt die Angabe des Obligationsgrundes. — Die cond. certi ist anders gefasst; in der Intentio kann sie sowohl auf dare von certa pecunia (sowohl auf Römische als auf ausländische) als von alia certa res gerichtet sein, der Kläger hat dabei keine freie Wahl, es muss also, wenn z. B. die Stipulation auf alia certa res lautet, die alia certa res in die Intentio aufgenommen, es darf nicht dafür die Aestimation gesetzt werden; dahingegen lautet die Condemnatio der certi condictio stets auf certa pecunia, mag es sich in der Intentio um Geld oder um andere bestimmte Sachen handeln; ob die certi condictio eine Demonstratio gehabt habe, lässt sich nicht mit Sicherheit entscheiden; in einzelnen Fällen erhielt sie sie: so bei der actio ex testamento, sodann «wenn die Condictio eine specielle Veranlassung im Indebitum, Raub, Diebstahl u. s. w. hatte, weil erst auf diesem Wege der Eintritt eines bestimmten Condictionsgrundes sichtbar werden konnte, ohne welchen die Condictionsklagen überhaupt gar nicht denkbar sind» (die letzteren Worte sind mir unverständlich, denn eines speciellen Grundes bedarf doch jede Klage, also auch jede cond. certi); in anderen Fällen fehlt die Demonstratio.

2. Die act. certae creditae pecuniae hatte eine doppelte Processform: entweder mit sponsio resp. restipulatio tertiae partis oder ohne solche; das zweite Verfahren heisst iudicio uti oportet sese defendere, und hatte für den Verklagten andere poenae temere litigantium z. B. das calumniae iudicium zur Folge; zwischen beiden Verfahrensarten hatte Kläger die Wahl; über die Form des Sponsionsverfahrens ist uns nichts erhalten; vermuthlich war es so wie beim Interdictenverfahren resp. bei dem in rem agere per spon-

sionem, d. h. es wurde zunächst die formula sponsionis und restipulationis edirt, und daran die formula actionis certae pecuniae creditae angeschlossen, so dass der Sieg des Klägers in der Sponsionsformel die Vorbedingung der Condemnation des Beklagten in der Formel der act. certae pec. cred. war. Bei dem iudicio uti oportet se defendere wurde sofort ein Judex mit Formula niedergesetzt (ähnlich der formula petitoria), der Beklagte konnte daran sofort das calumniae iudicium oder das iusiurandum calumniae schliessen. — Die cond. certi wird stets in der Weise des iudicio uti oportet se defendere verhandelt.

3. Beiden Klagen (sowohl der act. certae pec. cred. als der cond. certi) gemeinsam war der Grundsatz, dass die exc. doli opponirt werden konnte, nur dass letztere gegenüber der cond. certi viel häufiger anwendbar war. Dahingegen war das queri de non numerata pecunia (wie es durch das neuere Constitutionenrecht ausgebildet und namentlich an eine Zeitfrist gebunden worden ist) gegen die act. certae pec. creditae allein anwendbar; «es kann nur auf späterer Erweiterung beruhen, dass Justinian für seine Zeit ihr Vorkommen in Fällen bezeugt, wo andere Sachen ausser baar Geld den eigentlichen Gegenstand der Obligation bilden.»

Soweit Heimbach. Es ist klar, dass die Heimbachsche cond. certi fast mit demjenigen sich deckt, was die allgemeine Meinung und ich selbst als cond. triticaria bezeichnen; sie geht nur insofern über dieselbe hinaus, als Heimbach mit ihr auch diejenige certa pecunia einklagen lässt, welche nicht aus einem Creditum geschuldet wird. Dass Heimbach diese Verwechselung begeht, hat darin seinen Grund, dass er die doppelte Bedeutung des Wortes certum nicht kennt, von welcher oben (§ 8 S. 88) die Rede war. Die Wider-

legung Heimbachs wird demnach, was die Formel der Klage betrifft, durch den Nachweis geführt, dass niemals certa pecunia mit derjenigen Klage geltend gemacht werden kann, welche für alia certa res bestimmt ist; dies ergiebt aber mit Sicherheit die l. 1 pr. D. de trit. act. 13, 3:

> qui certam pecuniam numeratam petit illa actione utitur *„si certum petetur"*, qui autem alias res, per triticariam actionem petet.

Hier werden zwei Klagen nach dem Object, nicht nach der Causa unterschieden; die erste Klage (si certum petetur) bezieht sich auf pecunia numerata, auf baares Geld, welches sowohl pecunia credita als non credita umfasst; die zweite Klage (cond. triticaria) bezieht sich auf alle anderen Sachen, also nicht auf baares Geld. Hiernach ist die Heimbachsche Unterscheidung einer Klage auf pecunia credita und einer anderen Klage auf sonstiges Certum (es sei pecunia non credita oder alia certa res) eine rein willkürliche. Die Redeweise actio certae creditae pecuniae findet sich einige wenige Male in den Quellen[2]; diese Seltenheit wäre unerklärlich, wenn es eine technische Bezeichnung wäre. Der Ausdruck pecunia credita findet sich hundertfältig, allein er nöthigt nicht, eine besondere Klage anzunehmen; er erklärt sich schon daraus, dass der Process um pecunia credita eine eigene Strafstipulation (die sponsio und restipulatio tertiae partis) nach sich zog. Auch die weitere Behauptung Heimbachs, dass bei *(seiner)* certi condictio die Condemnatio stets auf *certa* pecunia gerichtet gewesen sei, ist unhaltbar; Heimbach operirt hier einerseits mit Gaius 4, 57:

---

[2]) Gaius 4, 13; l. 12 § 1 D. de distr. pign. 20, 5; l. 19 D. inst. act. 14, 3.

si vero in condemnatione minus positum fuerit quam oportet, hoc solum actor consequitur quod posuit,

andererseits mit einem Basilikenscholion[3]); aus Gaius leitet er die Behauptung ab, dass die Fassung der Condemnatio lediglich von der Willkür des Klägers abhänge — was doch innerlich unhaltbar und mit prätorischem Imperium unvereinbar ist; bei dem Basilikenscholion übersieht er, dass schon die Intentio der Klage, von welcher dort die Rede ist, auf *certa* pecunia gerichtet ist. Man erwäge nur, wie ungereimt die Heimbachsche Formulirung ist; sie würde etwa lauten:

si paret N^{um} A^{o} servum Stichum dare oportere, iudex, N^{um} A^{o} centum condemna,

der Richter hätte nur zu prüfen, ob der Verklagte den Stichus schuldet, und hätte, falls er die Schuld begründet erachtet, ohne weitere Schätzung den Verklagten zur Zahlung von Hundert zu verurtheilen; denn eine Anweisung zur Schätzung hat der Richter in dieser Formelfassung nicht erhalten.

Rein auf Erfindung beruht dasjenige, was Heimbach von der doppelten Processform der sog. actio certae creditae pecuniae behauptet. Gerade die lex Rubria, auf welche vornehmlich sich Heimbach stützt, bietet das Material zu seiner Widerlegung. Heimbach stellt das Sponsionsverfahren und das iudicio uti oportet se defendere gegenüber; allein gerade nach der lex Rubria gehört beides zu einander; es ist beides wiederholentlich mit der Partikel que, und nur ein einziges Mal mit der Partikel ve an einander gereiht:

l. Rubr. cap. 21: . . . aut se sponsione iudicioque utei oportebit non defendet, seive is ibei de ea

[3]) Heimbach II, 585. (Heimbach selbst citirt fälschlich S. 581).

re in iure non responderit neque de ea re sponsionem faciet neque iudicio utei oportebit se defendet . . . .

Ja auch im 22. Capitel der Lex, wo von Klagen auf andere Gegenstände als pecunia certa credita die Rede ist, werden gleichfalls Sponsionen erwähnt, und wiederum das iudicio uti oportet se defendere damit verbunden:

l. Rubr. c. 22: . . . aut sei sponsionem fierei oportebit, sponsionem non faciet, non restituet, neque se iudicio uti oportebit defendet . . .

Richtig ist, dass bei pecunia certa credita eine sponsio und restipulatio tertiae partis stattfindet, richtig ist ferner, dass die Eingehung von Stipulation und Restipulation vom Belieben der Parteien abhängt; aber schon das ist falsch, dass das Ermessen des Klägers darüber entscheidet; mit Gaius 4, 171 ist es sehr wohl verträglich, dass auch der Beklagte auf Abschliessung der Stipulationen dringen konnte; und jedenfalls ist es unrichtig, dass das Verfahren hauptsächlich über das Strafversprechen erging, und dass sich daran erst als nebensächliches das Verfahren über die pecunia certa credita anschloss; kein Wort in den Quellen spricht dafür, und die Sache selbst dagegen, denn wenn der Beklagte in ein Drittel seiner *Schuld* oder der Kläger in ein Drittel der von ihm geltendgemachten, aber in Wahrheit nicht existirenden *Forderung* als Strafe verurtheilt werden soll, so muss zuerst ausgesprochen werden, dass die Schuld besteht, dass die Forderung nicht besteht; das Urtheil de certa pecunia credita musste das principale sein, das über die Strafe konnte sich erst hieran anschliessen[4].

---

[4]) Ebenso Zimmern, Civilprocess S. 170; dagegen hat Huschke in den Jahrb. v. 1840 S. 487 sich ebenso wie Heimbach geäussert.

Dass das Verfahren bei pecunia certa credita ein einheitliches war, beweist eine Stelle der lex Julia municipalis. Nach diesem Gesetze ist der Hauseigenthümer verpflichtet, einen bestimmten Theil der Strasse in gutem Stand zu erhalten; unterlässt er es, so versteigert der Aedil die Instandhaltung, und spricht dem Steigerer eine Forderung an den Hauseigenthümer auf Höhe der Steigerungssumme zu; zahlt diesem der Hauseigenthümer dreissig Tage lang nicht, so muss er ihm fortan noch die Hälfte als Strafe zahlen; sodann fährt das Gesetz fort:

> ... inque eam rem is, quo quomque de ea re aditum erit, iudicem iudiciumve ita dato, utei de pecunia credita (iudicem) iudiciumve dari oporteret ...

Das heisst: bleibt der Hauseigenthümer nach Ablauf der dreissig säumig, so erhält der Steigerer einen Process wie über pecunia credita. Wäre diese Verordnung möglich gewesen, wenn über pecunia credita ein alternatives Verfahren bestanden hätte? Sie wird hingegen völlig erklärlich, wenn man an die sponsio tertiae partis denkt; der Hauseigenthümer unterliegt einer doppelten Strafe: zunächst der von 50 pCt., wenn er dreissig Tage säumig ist, sodann der von $33^1/_3$ pCt., wenn er es zum Process kommen lässt.

Was endlich das dritte Argument Heimbachs betrifft, so enthält seine eigene Angabe das Unstichhaltige desselben; er muss zugeben, dass die querela non numeratae pecuniae sich nicht bloss auf creditirtes Geld sondern auch auf andere Sachen bezieht; seine Behauptung, dass dieser Rechtssatz erst späteren Ursprungs sei, ist völlig beweislos; jedenfalls spricht Justinian von ihm in einer Weise, dass offensichtlich ist, er sei schon lange Zeit in Geltung[5]).

[5]) l. 14 pr. § 1 C. de non num. pec. 4, 30.

Scheinbar einen ganz eigenen Weg ist Voigt gegangen; er behauptet die völlige Identität von actio certae pecuniae creditae und cond. certi, die act. certae pec. cred. sei später cond. certi genannt worden. Voigt hat die Ansicht nicht weiter ausgeführt sondern bloss skizzirt[6]). Sieht man genauer hin, so ruht sie auf demselben Grundgedanken wie die Savignysche Theorie; an die Stelle der Savignyschen pecunia mutua tritt bei Voigt die pecunia credita (stipulata, expensalata, numerata); auch die darüber hinausreichenden Fälle der cond. certi erklärt Voigt (wie Savigny) aus dem Bereicherungsprincip[7]); mit Heimbach[8]) nimmt er übrigens an, dass die Postjustinianischen Juristen das Gebiet der cond. certi dadurch erweiterten, dass sie als neues Institut die Selbsttaxation des Klagobjects seitens des Klägers und somit den Umsatz des incertum in ein certum durch den Kläger recipirten. Meines Erachtens ergiebt Ciceros Rede für den Schauspieler Roscius unzweifelhaft, dass die Selbsttaxation Seitens des Klägers schon in republikanischer Zeit zulässig war.

§ 15. Die l. a. per condictionem. Die Ueberleitung derselben in die Condictio. Justinianischer Process[1]).

Unzweifelhaft ist der Zusammenhang zwischen der legisactio per condictionem und der condictio; zwischen

6) Cond. ob causam S. 258 ff. Jus natur. Bd. 4 S. 392.

7) Cond. ob causam § 86. Jus natur. Bd. 4 S. 399 f.

8) Creditum S. 115 f. 576 f.

1) Vgl. zum Obigen meine Abhandlung «zur legisactio per iudicis arbitrive postulationem und per condictionem» in den Festgaben für Heffter, S. 29—56.

beiden muss Continuität obgewaltet haben, die letztere muss die Nachfolgerin der ersteren gewesen sein; alles Licht, welches über die erstere verbreitet wird, lässt einen hellen Schein auf die letztere fallen.

Freilich hat dies grosse Schwierigkeiten aus einem doppelten Grunde, einmal weil der Bericht bei Gaius 4, 18—20 nur sehr verstümmelt auf uns gekommen ist, sodann weil Gaius erklärt, dass der Grund für die Einführung der l. a. per condictionem unter den Juristen sehr streitig sei. Gaius theilt mit, dass die l. a. per cond. nach der lex Silia und Calpurnia auf certa pecunia und alia certa res gerichtet war; er kann also die l. a. per cond. nur mit der cond. certi und triticaria vergleichen; die cond. incerti muss er bei Seite lassen; zwischen jenen beiden und der l. a. per cond. setzt er den Zusammenhang darein, dass sie sämmtlich auf dari nobis oportere gingen; eben darauf (fügt er hinzu) konnte man auch mit der l. a. sacramento und per iudicis postulationem klagen, und gerade deshalb streitet man über den Grund, welcher die Einführung der l. a. per condictionem veranlasste.

Vorerst muss ich einen allgemein verbreiteten Irrthum berichtigen. Man nimmt an, dass durch die lex Silia auch die poena tertiae partis für den im Process unterliegenden Theil eingeführt worden sei [2]).

[2]) Man sehe Savigny, Systeme 5, 611; Keller, Civilpr. § 18; Rudorff, Rechtsgesch. Bd. 1 § 19 Note 16; Karlowa, Civilproc. zur Zeit der Legisact. S. 233 ff.; Wieding, Libellarprocess S. 648—658; Bekker, Actionen 1, 259. 260 (Text bei N. 17); bloss Huschke (Multa S. 488 f.) hat theilweise widersprochen; auch er führt zwar die sponsio tertiae partis auf die l. Silia zurück, aber er weist der l. a. per condictionem einen grösseren Umfang als der Sponsio zu, letztere habe nur bei pecunia credita stattgefunden, darunter versteht Huschke stricte Geldschulden aus Contracten und Quasicontracten; die l. a. per cond. sei auch ex l. Aquil. und bei Repetunden zulässig gewesen. Gerade umgekehrt behauptet Wieding

Das wird nirgends berichtet; zwar nennt Cicero die sponsio tertiae partis eine sponsio legitimae partis[3]), und es folgt hieraus, dass die Sponsion nicht prätorischen Ursprungs ist (wie bei pecunia constituta), allein welches Gesetz sie eingeführt hat, dafür haben wir keinen Anhalt. Sicherlich ist sie nicht durch die lex Silia eingeführt worden; denn diese statuirt die l. a. per condictionem bei certa pecunia, die sponsio tertiae partis findet aber bloss bei certa pecunia credita statt; dass certa pecunia von viel weiterem Umfang ist als certa pecunia credita, bedarf keines Beweises. Savigny freilich (a. a. O. S. 576) giebt jener den «erklärenden, näher bestimmenden Zusatz mutuo data».

Indem nun aber die gemeine Meinung jene sponsio tertiae partis der lex Silia zuschrieb, kam sie zu dem weiteren Schlusse, dass der ursprüngliche Fall der l. a. per condictionem die Klage um certa pecunia credita war. Das ist eine völlig unbegründete Behauptung; Gaius erklärt, dass die l. Silia für certa pecunia die neue Legisactio einführte, und (ich wiederhole es) certa pecunia ist nicht bloss certa pecunia credita; die Behauptung ist um so unbegründeter, als

---

a. a. O., dass die Sponsio durch die l. Calpurnia auf die l. a. per cond. de omni certa re übertragen worden sei; gegen ihn hat sich Bekker (Actionen 1, 260 Note 17) erklärt, und auch meine obige Ausführung involvirt eine Widerlegung der Wiedingschen Ansicht. Bloss auf Ein Argument Wiedings möchte ich hier eingehen; er weist S. 657 darauf hin, dass die l. Rubr. cap. 22 einer sponsio bei der actio über alia certa res gedenkt; das ist nicht richtig; das 22. Capitel handelt von jeder Klage praeter pecuniam certam creditam, also nicht bloss über alia certa res, daher auch später die Confessio auf dare facere praestare restituere oportere, sowie auf rem actoris esse gerichtet ist; die Sponsio, die in der Lex erwähnt ist, braucht also nicht auf die Klage über alia certa res bezogen zu werden, sie könnte z. B. die cautio iudicatum solvi sein.

[3]) Pro Rosc. comoedo § 10.

nach Gaius 4, 171 die sponsio tertiae partis von dem Belieben der Parteien abhängt: ex quibusdam causis sponsionem facere *permittitur* veluti de pecunia certa credita . . .

Was ist certa pecunia? Wenn man in die Worte nichts hineinlegt, ihnen nichts hinzufügt, so wird damit jede Geldforderung, wofern sie nur bestimmt ist[4]), bezeichnet; *jede* Geldforderung d. h. ohne Rücksicht auf die Causa, welcher sie entstammt. Die Causa gehört nicht zum Begriff des Certum; dieses hängt bloss von seiner Bezeichnung ab, welche derart sein muss, dass sie eine Species oder eine Quantität von gewisser Qualität darstellt[5]); die Behauptung, dass z. B. der Verkäufer stets ein incertum einklage, ist eine reine petitio principii, er kann, wenn er sich auf den Kaufpreis beschränkt, ein regelrechtes certum zum Gegenstand der Klage machen. Es ist bemerkenswerth, dass Gaius bei seinem Bericht über die lex Calpurnia gleichfalls der Causa nicht gedenkt: sie ist de omni certa re zulässig. Kurz, ich finde, dass die l. a. per condictionem denselben Charakter wie die Condictio des Formularprocesses hat: sie ist die abstracte Legisactio für Forderungen.

Damit ist zugleich ausgesprochen, dass bei den übrigen Legisactionen es anders gehalten wurde, dass bei ihnen, sofern es sich um persönliche Ansprüche handelte, die Causa in iure angegeben werden musste, und dies ist zunächst zu beweisen, — freilich soweit die Quellen uns einen Anhalt gewähren.

Was die l. a. sacramento betrifft, so ist unsere Frage zwischen Bethmann-Hollweg und Karlowa streitig; während ersterer meint, dass in die Worte der

4) Rudorff a. a. O. verlangt «klare Geldsachen», das ist unrichtig.
5) l. 74 D. de v. o. 45, 1; l. 6 D. de r. cr. 12, 1.

Legisactio «ohne Zweifel» die causa debendi aufgenommen worden sei, so leugnet es Karlowa[6]). Ersterer hat freilich seine Ansicht überhaupt nicht näher begründet, Karlowa hebt bloss hervor, dass so lange mit der l. a. sacramento nur eine durch sponsio begründete Contractsschuld geltend gemacht werden konnte, die ausdrückliche Bezugnahme auf jene Causa durchaus überflüssig gewesen wäre. Aber dieser Grund ist nicht zureichend, denn es wurden ja nicht bloss Contracts- sondern auch Testamentsforderungen (legatum sinendi modo), ja wie Karlowa selbst annimmt, auch Delictsforderungen mit dieser Legisactio eingeklagt; von diesen berichtet Gaius 4, 11, dass, wer de vitibus succisis klagte, den Process verlor, weil die zwölf Tafeln eine Klage de arboribus succisis gegeben hatten. Haben nun die zwölf Tafeln eine Klage de arboribus succisis gegeben, und mussten die Formeln der Legisactionen den Gesetzesworten allseitig angepasst werden, so mussten in jener Klage nicht bloss arbores erwähnt, sondern es musste behauptet werden: arbores succisas esse[7]). Von der Injurienklage wegen membrum ruptum nimmt Karlowa[8]) selbst an, dass sie im Wege der l. a. sacramento geltend gemacht und dass in der Formel der Legisactio der Anspruch des Klägers auf die talio gerichtet wurde; war dies aber der Fall, so musste auch des membrum ruptum gedacht, also das Delict angegeben werden. Vielleicht liesse sich noch mehreres Einzelnes anfüh-

---

6) Bethmann-Hollweg, Bd. 1 S. 148; Karlowa, Cpr. zur Zeit der Legisactionen S. 111. Auch Kuntze (Cursus Bd. 1 § 165 der 2. Aufl.) behauptet, dass die l. a. sacramento ohne Anführung der speciellen causa deb. angebracht wurde.

7) Auch Bekker (Actionen 1, 64) nimmt an, dass in der Formel der arbores succisae gedacht wurde.

8) A. a. O. S. 116 f.

ren; ich betone aber vielmehr das, was uns über die ängstliche Ausbildung der formulae legisactionum und über die daraus hervorgehende drückende Abhängigkeit der Processparteien von den ältesten Rechtskundigen, den Pontifices, berichtet wird. Diese Formeln müssen in zwei Arten zerfallen sein: die allgemein vorkommenden (z. B. die provocatio sacramento, die Bürgenstellung, die Aufforderung zum Wiedererscheinen), und die einer jeden Spezialklage eigenthümlichen; jene Aengstlichkeit ist sicherlich nur bei letzteren von Bedeutung gewesen; hier ist sie aber nur dann verständlich, wenn es sich um die richtige Angabe des Klagegrundes handelte; mag auch das von Gaius 4, 11 berichtete Beispiel vom Objecte hergenommen sein: Gaius will eben ein Beispiel bringen, welches die äusserste Grenze des Formalismus charakterisirt.

Was die l. a. per iudicis arbitrive postulationem betrifft, so ist es bei dem Zustand der Quellen gewagt, eine so specielle Frage nicht bloss erörtern, sondern auch entscheiden zu wollen. Die Schriftsteller, welche sich darüber auslassen, bejahen sie allesammt: Keller, Rudorff, Bethmann-Hollweg sind einstimmig, dass die Causa in iure angeführt wurde[9]). Dafür spricht der Umstand, dass diese Legisactio durch Specialgesetze für einzelne Fälle verordnet wurde (durch die zwölf Tafeln für die controversia de fine, für die act. familiae erciscundae, für falsae vindiciae, für die act. aquae pluv. arc.); wer diese Gunst des Gesetzes geniessen wollte, musste doch den Grund angeben, der ihn dazu berechtigte.

Von der l. a. per manus iniectionem steht es durch die bei Gaius 4, 21 überlieferte, vor dem Magistrat

---

[9]) Keller, Cprocess § 17 im Anfang; Rudorff, Rechtsg. Bd. 2 § 22 S. 82; Bethmann-Hollweg, Cprocess 1, 167 Note 17.

auszusprechende Formel fest, dass der Kläger die Causa (die iudicatio, damnatio) bezeichnet habe. Auch als diese Legisactio auf andere Fälle übertragen wurde (als pro iudicato resp. als pura), so musste in der Formel stets die Causa angeführt werden; Gaius 4, 24 berichtet dies ausdrücklich sowohl von der pro iudicato als von der pura.

Von der l. a. per pignoris capionem gilt dasselbe wie von der l. a. per iudicis postulationem; auch sie fand nur in ganz bestimmten Fällen statt, und wenn Gaius 4, 29 sich dahin auslässt, dass ex omnibus istis causis certis verbis pignus capiebatur, so haben schon bisher die Schriftsteller nicht daran gezweifelt, dass in der Formel die Causa angeführt wurde[10]).

So darf ich denn behaupten, dass es etwas Neues war, als die ll. Silia und Calpurnia eine Legisactio einführten, in welcher die Causa in iure nicht angeführt wurde. Warum diese Neuerung? Damit komme ich auf die Gründe der Einführung der Legisactio.

Man kann die Einführung auf processualische oder auf materiell-rechtliche Motive zurückführen. Beides ist geschehen, meist in der Weise, dass die Schriftsteller beide Arten von Gründen cumulirten.

Als processualischen Grund führte Puchta[11]) an, dass man beabsichtigte, die «einfachen Sachen, wobei der Richter streng an den wörtlichen Inhalt des Geschäfts gebunden war», ausschliesslich an Einzelrichter zu verweisen, damit das Collegium der Decemvirn nicht mehr damit behelligt würde. Das ist gewiss unrichtig: der Einzelrichter trat ja bei persönlichen Klagen auch im Fall der l. a. sacramento und per iudicis arbitrive postulationem in Thätigkeit, so dass

---

[10]) Rudorff, R. Rgsch. Bd. 2 § 25 a. E.; Karlowa a. a. O. S. 205.
[11]) Inst. § 162.

die Decemvirn, wenn sie überhaupt jemals in Personalklagen competent gewesen sind, längst entlastet waren. — Heffter[12]) sah in der l. a. per condictionem ein beschleunigtes Verfahren: einmal sei die in ius vocatio weggefallen und eine aussergerichtliche Terminsansage auf den dreissigsten Tag behufs Ernennung eines Geschworenen an ihre Stelle getreten; ferner sei in dem Termin, falls der Beklagte contumax war, sofort ein Urtheil zu Gunsten des gegenwärtigen Klägers gesprochen worden. Diese Heffftersche Ansicht ist in ihrem ersten oder zweiten Theile von den Meisten angenommen worden. Zimmern acceptirte den zweiten Grund[13]), der indess von den Anderen mit Recht verworfen wurde, weil das Civilrecht für den Fall, dass Verklagter in iure ausbleibt, keine Verurtheilung eintreten lässt. Keller acceptirte den ersten Heffterschen Grund[14]); dagegen wurde später von Zimmern, Rudorff, Dernburg, Schmidt und Karlowa[15]) eingewendet, dass (abgesehen von der l. a. per pignoris capionem) jede Legisactio in iure vorgenommen werden musste; zwar replicirte Ihering[16]), dass eine Legisactio nicht *in allen ihren Theilen* vor Gericht vorgenommen zu werden brauche, allein mit Recht machten Schmidt, Bethmann-Hollweg und Karlowa darauf aufmerksam, dass die Ansage bei der l. a. per condictionem dahin ging, dass der Verklagte ad iudicem capiendum die trigesima *adesset*[17]); das Wort adesset

---

[12]) Obs. ad Gaii comm. quart. cap. 5.

[13]) Civilpr. § 43.

[14]) Civilpr. §. 18.

[15]) Zimmern a. a. O. § 43 Note 5; Rudorff, Rechtsg. Bd. 2 § 23 Note 2; Dernburg in der Heidelb. krit. Ztschr. 1, 469; Schmidt, de orig. legisact. p. 2; Karlowa a. a. O. S. 231.

[16]) Geist des R. R. 2, 659 f., vgl. S. 656.

[17]) Gaius 4, 18.

erhalte nur dann einen vollen Sinn, wenn die Condictio selbst in iure vorgenommen worden sei, und auch ich halte dies Argument für bedeutend, namentlich wenn man hinzunimmt, dass in dieser Periode die in ius vocatio die gesetzliche Einleitungsform *aller* Klagen ist[18]. In der That lässt sich der erste Termin, welchen Heffter beseitigen will, nicht vermissen; denn der Beklagte musste sich ja vor Allem über die bestimmte Forderung des Klägers in iure erklären; ohne eine solche Erklärung konnte der Process nicht fortschreiten. — Demnach ist die ganze Heffter'sche Ansicht unhaltbar.

Keller und Rudorff brachten aber weitere Processreformen bei der l. a. per condictionem zur Sprache. Keller behauptete einmal eine Verringerung der verba solemnia, weil die erste Verhandlung der l. a. sacramento bei der l. a. per condictionem fehlte (diese Ansicht fällt mit der anderen von der aussergerichtlichen Vornahme der Condictio); sodann führte er die sponsio et restipulatio tertiae partis auf die l. Silia zurück (ich habe oben gezeigt, dass dies ungegründet ist). Rudorff[19] trat mit der Ansicht auf, dass der nothwendige Eid in iure mit allen seinen Folgen durch die l. Silia bei certa pecunia eingeführt, und durch die l. Calpurnia auf omnis certa res ausgedehnt worden sei. Entscheidend dafür sollen einige Stellen bei Plautus sein, wo von abiurare in iure pecuniam die Rede ist[20], ferner der Umstand, dass Paulus in seinen sentent. receptae 2, 1 zusammen de rebus creditis et de iureiurando handelt, endlich der Umstand, dass in den

18) Bethmann-Hollweg, Civilpr. 1, 152; Dernburg in der Heidelb. krit. Ztschr. 1, 469.

19) Rgesch. Bd. 2 § 23 S. 83. Ihm stimmt bei Bethmann-Hollweg 1, 152 Note 12; ferner Karlowa a. a. O. S. 232; Huschke, Multa S. 491; Wieding, Libellarprocess S. 654.

20) Rud. prol. 14; Curc. 4, 2, 10; Pers. 4, 3, 9; Bacch. 2, 2, 36.

Digesten auf den Titel de rebus creditis der Titel de iureiurando folgt. Alle diese Indicien verschwinden vor der Thatsache, dass der Eid die *Bestimmtheit* des eingeklagten Objects nicht zu seiner Voraussetzung hat[21]), sowie dass nirgends Spuren davon vorhanden sind, dass der Eid ursprünglich nur in beschränkter Weise (bei pecunia, omnis res certa) zulässig gewesen sei; es muss vielmehr angenommen werden, dass die Eidesdelation schon in ältester Zeit existirte, wenigstens schreibt Dionysius von Halicarnass ihre Einführung schon dem Numa zu[22]). Ich selbst werde in § 16 eine processualische Neuerung bezüglich der Zeit der Ernennung des Geschworenen nachzuweisen suchen. Sieht man hiervon sowie von der unstreitigen Abschaffung des Sacramentum ab, so lassen sich processualische Reformen in der l. a. per condictionem nicht wahrnehmen, sie können also nicht ihre Einführung veranlasst haben. Ich wende mich demnach zu denjenigen Ansichten, welche die Legisactio auf Vorgänge im materiellen Recht zurückführen.

Puchta, welchem Bethmann-Hollweg, Kuntze und Rudorff beigetreten sind[23]), denkt sich die l. a. per condictionem für die drei neu auftretenden Verträge: Stipulation, Darlehn, Literalcontract, kurz für pecunia credita bestimmt. Ihnen schliesse ich Karlowa[24]) an, welcher zwar diese Contracte als älter wie die l. a.

---

[21]) l. 3 §§ 1—3. l. 13 pr. l. 34 pr. D. de iurei. 12, 2.

[22]) Dionys II, 75. Auch Ihering (Geist d. R. R. 1, 302 Note 210b der 2. Aufl.) verweist die Eidesdelation in die ältesten Zeiten.

[23]) Puchta, Inst. § 162; Bethmann-Hollweg, Civilpr. Bd. 1 § 44, Bd. 2 S. 265 (wo er noch das Damnationslegat hinzufügt); Kuntze, Cursus der Inst. Bd. 1 §§ 165. 166 der 2. Auflage; Rudorff, Rechtsg. Bd. 2 § 23. Auch Puntschart, Civilrecht S. 414 ff. hat diese Meinung.

[24]) Civilpr. zur Zeit der Legisactionen § 27.

per condictionem bezeichnet, dennoch aber behauptet, dass diese Legisactio für pecunia credita eingeführt worden sei; er meint, dass ein Streit über Darlehn lediglich zu einem iurgium (im Karlowaschen Sinne) führte, dass die act. ex sponsu in der l. a. sacramento, die act. ex fidepromissione, promissione in der l. a. per iudicis postulationem geltend gemacht werden konnte; man habe aber allmählich aus allen diesen Fällen den Begriff der pecunia credita abstrahirt, und *es habe nahe gelegen*, statt der bisherigen verschiedenen Processformen einen einheitlichen neuen modus lege agendi einzuführen.

Die gedachten Schriftsteller sind zu diesen Ansichten durch den im Eingang dieses § erörterten Irrthum gelangt; indem sie die Succumbenzwette auf ein Drittel des Streitobjects, welche unbestrittener Massen bloss bei *pecunia* credita stattfindet, auf die lex Silia zurückführten, erschien ihnen der älteste Fall der l. a. per condictionem eine Klage um pecunia credita.

Meines Erachtens waren bei Einführung der Legisactio lediglich Motive des materiellen Rechts massgebend; aber nicht bloss um pecunia certa credita handelte es sich sondern vielmehr um irgend eine pecunia certa, gleichviel welches die Causa war; gerade hieraus rechtfertigt sich das Erforderniss der Bestimmtheit des Objects (*certa* pecunia, später omnis *certa* res); denn irgend ein *fester* Punkt musste von Anfang an vorhanden sein, an welchen das Verfahren angeknüpft werden konnte; da die Causa fehlte, so konnte er nur im Object gesucht werden.

Die weitere Begründung erhält die soeben aufgestellte Ansicht durch die Geschichte der Römischen Contracte. Ich glaube nicht, dass es am Orte ist, in die Details dieser vielbestrittenen Entwickelungsge-

schichte einzutreten[25]); für unsere Frage genügt es zu constatiren, dass den zwölf Tafeln von Contracten das Nexum die Fiducia und die Nebenverträge bei Nexum und Mancipatio bekannt waren, vielleicht auch noch die älteste Form der Stipulatio (sponsio); Alles andere gehört der späteren Zeit an. Es mag sein, dass unter den neuen Contracten diejenigen mit pecunia credita zuerst entstanden sind; aber wie lange konnte das Pfand (und die anderen Realcontracte) resp. die Consensualcontracte bei dem beispiellos raschen Aufschwung, welchen der Römische Staat nahm, zurückbleiben? An diesem Punkte setzte die l. a. per condictionem ein. Alle jene Verträge verlangten richterliche Anerkennung; die Anerkennung, welche sie bisher im Volksleben gefunden hatten, d. h. ihre gewohnheitliche Uebung berechtigte noch nicht zur Anstellung der l. a. sacramento oder per iudicis arbitrive postulationem; in diesen beiden musste die causa debendi angegeben werden, und jene Contracte hatten keine gesetzlich anerkannte Bezeichnung[26]); eine Legisactio soll ipsarum legum verbis accommodata sein (Gaius 4, 11); sie kann deshalb nicht aus einem Contracte angestellt werden, welcher gesetzlich noch nicht recipirt worden ist; jede Legisactio citirt das Gesetz, welches sie zur Anwendung zu bringen sucht[27]), sie citirt es nicht in der abstracten Form einer blossen Verweisung auf die Stelle des Gesetzes sondern durch die Fassung

[25]) Vgl. Bekker, de emt. vend. quae Plauti fabulis fuisse videtur und in seinen Actionen 1, 145 ff. 311 ff.; Demelius in der Ztschr. f. Rechtsg. 2, 177 ff.; Karlowa a. a. O. § 16.

[26]) Dies hat Gaius 4, 20 übersehen, wenn er angiebt, dass ja die l. a. sacramento und per iudicis postulationem schon über das quod nobis dari oportet zulässig war. Gewiss war dies der Fall, aber nur in einem beschränkten Umfang, und dieser Umfang wurde durch die l. a. per condictionem in hohem Masse erweitert.

[27]) Ihering, Geist des R. R. Bd. 2 S. 651. 669 ff.

der Legisactionsformel, welche sich genau dem Gesetz anschliesst, wie etwa heutzutage die den Geschworenen vorgelegte Frage ganz genau alle im Strafgesetze aufgestellten Erfordernisse eines Verbrechens in concreter Weise enthält. Solches ist bei einem aus dem Gewohnheitsrecht entspringenden Contract unmöglich. Die hohe Bedeutung des Gewohnheitsrechts auch zur Zeit der Legisactionen verkenne ich nicht; aber es hatte damals eine Schranke, welche erst später weggeräumt worden ist; es schafft die unzähligen imaginären Rechtsgeschäfte, das formelle Notherbrecht, es stellt den Inhalt der einzelnen Rechtsverhältnisse fest, aber es hat nicht die Kraft, einem neuen Rechtsverhältniss die Klagbarkeit zu verschaffen[28]). Diese Lücke wurde um so fühlbarer in einer Zeit, wo die wirthschaftlichen Verhältnisse einen ebenso raschen wie unabsehbaren Aufschwung nahmen; bei Ausfüllung der Lücke dachte der damalige Römische Gesetzgeber nicht bloss an die augenblickliche Lage des Verkehrs; er richtete seinen Blick auf die Zukunft, er wollte ihr freien Spielraum in der Entwicklung und Ausbildung der Contracte einräumen; das ist der Grund, weshalb er eine abstracte

[28]) Ich erfreue mich bei der obigen Ausführung des Vorgangs von Bekker (Actionen 1, 93. 94); er fügt eine kleine Modification hinzu, die ich gern zugebe. Er nimmt nämlich an, dass Legisactionen, die ausschliesslich auf Gewohnheit, nicht auf Lex oder einem Surrogat davon oder auf Edict (?) beruhten, nur in der auf die Zwölftafeln *unmittelbar* folgenden Zeit und unter Bezugnahme auf schon vor dem Zwölftafelrecht entwickelte Sitten und Gebräuche möglich waren; ***sie wurden später unmöglich***; die Klagbarkeit des aes militare, equestre, hordearium erklärt Bekker daraus, dass sie wahrscheinlich schon vor der Zwölftafelgesetzgebung klagbar waren, sowie daraus, dass die pignoris capio als nicht eigentliche Legisactio auch später noch die Bildung neuer Gewohnheiten gestattete. Freilich will Bekker a. a. O. S. 153 auch von der Zeit des Formularprocesses behaupten, dass Klagen aus Gewohnheitsrecht nie existirt hätten.

Legisactio de certa pecunia und später de omni certa re einführte; jeder Contract, welcher gewohnheitsrechtlich als Quelle eines dari oportere anerkannt war, hatte jetzt seine Klage; jede Causa genügte, die sich im Verkehr als bindend bewährt hatte. Einerseits lag hierin eine gewisse Kühnheit, denn dem Geschworenen wurde in gewisser Weise eine Herrschaft über den Verkehr eingeräumt; er hatte zu constatiren, was in dieser rasch lebenden Zeit, in den vorwärts strebenden Verhältnissen sich gewohnheitsrechtlich als bindender Vertrag erwiesen hatte. Andererseits bekundet sich eine grosse Vorsicht in der gewählten Beschränkung des Objects: die Legisactio geht ursprünglich nur auf dare certam pecuniam; darunter fiel sicherlich die Stipulation, der Literalcontract, das Darlehn, die Forderung des Verkäufers und Vermiethers; auch die Forderung des Käufers von körperlichen Sachen fiel darunter, denn da er nach Gaius 4, 131a mit der actio emti auf Mancipation der gekauften Sache klagen kann, ohne dass eine hierauf gerichtete ausdrückliche Abrede erforderlich ist, so konnte er ex l. Calpurnia die l. a. per condictionem anstellen; dagegen fiel darunter nicht die Forderung des Käufers, wenn sie auf das Interesse gerichtet war, oder wenn es sich um eine unkörperliche Sache handelte, sowie die des Miethers, — es sei denn dass man diesen gestattete, ihre Forderung durch Selbstschätzung in dare certam pecuniam zu verwandeln; nun wissen wir aus Ciceros Rede für den Schauspieler Roscius, dass das Selbstschätzungsrecht zu seiner Zeit bestand, und ich sehe keinen Grund ein, warum man die Ausbildung dieser klägerischen Befugniss bis zur Entstehung des Formularprocesses aufschieben sollte. Zwar wird man mir vielleicht die Worte bei Gaius 4, 48 entgegenhalten, wonach zur Legisactionenzeit der Geschworene den Verklagten auf

ipsa res verurtheilte; allein dies bedeutet doch bloss, dass der Geschworene keine Schätzungsbefugniss hatte; diejenige des Klägers wird hiemit nicht in Abrede gestellt, und das auf alle Urtheile, welche nicht in Geld lauteten, zur Legisactionenzeit folgende arbitrium litis aestimandae konnte als gute Motivirung der Selbstschätzung dienen. Selbstverständlich behaupte ich nicht, dass das Selbstschätzungsrecht sich sofort, nachdem die lex Silia gegeben war, entwickelt hat; wenn man aber die Gefahr der Pluspetitio erwägt, die mit dem Selbstschätzungsrecht verbunden ist, so ergiebt sich mit hoher Wahrscheinlichkeit, dass es eine Erfindung der Noth ist; das Bewusstsein des Nothzustandes musste aber rasch entstehen. Nur hieraus glaube ich die Art und Weise der Fortbildung unserer Legisactio erklären zu können; die lex Calpurnia übertrug sie auf alia certa res; dann aber gerieth die Fortbildung ins Stocken, wir haben keine Spur davon, dass die Legisactio auch auf incertum anwendbar gemacht worden sei[29]); hiervon war das Selbstschätzungsrecht des Klägers entweder die Folge oder die Ursache; es gehört sicherlich schon in die Zeit des Legisactionenprocesses.

Aus meiner Darstellung folgt, dass die l. a. per condictionem einstmals nicht bloss für stricti iuris sondern ebenso für bonae fidei iudicia die Processform gewesen ist; nach dem Vorgang von Demelius und Bekker[30]) und namentlich nach den Ausführungen von Brinz (Pand. § 227 der 2. Aufl.) wird dies keinen Anstoss mehr erregen; meines Erachtens ist sie für dieselben zur Legisactionenzeit die einzige Processform geblieben, denn ich sehe keine Möglichkeit, wie ohne gesetzliche Vorschrift

29) Karlowa a. a. O. S. 240.

30) Demelius in der Ztschr. für Rgesch. 2, 236 f.; Bekker, Actionen 1, 154. Vgl. hiezu unten § 19 a. E.

eine andere Legisactio an ihre Stelle treten konnte. Weiter ergiebt sich daraus, dass nach Einführung des Formularprocesses die Condictio die Klage aus bonae fidei iudicia gewesen ist, und zwar so lange, bis man die Vertauschung der abstracten Formel mit der Formel des concreten Geschäfts wünchenswerth erachtete. Die Ueberreste dieses Rechtszustandes sind noch heut in unseren Quellen zu erkennen; nicht bloss, dass aus einem bonae fidei iudicium die Condictio angestellt werden kann (— die hierher gehörigen Stellen sind bereits früher von mir behandelt —), sondern es lässt sich nachweisen, dass es ein Gebiet gegeben hat welches früher ausschliesslich von den Condictionen beherrscht wurde, auf das aber später die Geschäftsklagen übertragen wurden; das Zeugniss hiefür enthält

> l. 11 § 6 D. de act. emt. vend. 19, 1 (Ulpian): is qui vina emit arrhae nomine certam summam dedit, postea convenit, ut emtio irrita fieret; Julianus ex emto agi posse ait, ut arrha restituatur utilemque esse actionem ex emto etiam ad distrahendam inquit emtionem. Ego illud quaero, si annulus datus sit arrhae nomine, et secuta emtione pretioque numerato et tradita re annulus non reddatur, qua actione agendum est, utrum condicatur quasi ob causam datus sit et causa finita sit, an vero ex emto agendum sit? Et Julianus diceret, ex emto agi posse; certe etiam condici poterit, quia iam sine causa apud venditorem est annulus.

Zwei Fälle behandelt der Jurist, den einen hat schon Julian erörtert, den andern wirft er selbst auf; in beiden Fällen handelt es sich um Rückforderung einer Arrha resp. um die Rückforderungsklage; im Julianischen Falle ist der Hauptvertrag später rückgängig, im Ulpianischen ist er erfüllt worden. Der

Bericht Ulpians ergiebt, dass Julian eine neue Lehre aufstellte; vor ihm konnte die Arrha stets nur mit der Condictio zurückgefordert werden; als Begründung diente die Berufung auf die causa finita[31]); Julian hält auch die Contractsklage für zulässig. Offenbar ist also einstmals das von den Condictionen *ausschliesslich* beherrschte Gebiet grösser gewesen; es ist später von den materiellen Klagen eingeengt worden. Die Condictio konnte freilich nicht verdrängt werden (sie konnte es nicht, weil sie eine abstracte Klage ist), aber sie trat thatsächlich in den Hintergrund vor den materiellen Klagen ex emto vendito, locato conducto u. s. w. Und das ist nicht zu verwundern; denn der (wenn ich mich des Wortes bedienen darf) naturgemässe Zustand ist die nicht abstracte Klage d. h. die Klagformel, welche dem Geschäft entspricht; die l. a. per condictionem verdankt ihren Ursprung einem (wenigstens auf dem Gebiete der Verträge) gleichsam gährenden Rechtszustande, einer Rechtsentwickelung, welcher der Gesetzgeber nicht die Wege vorschreiben, welcher er vielmehr vollen Spielraum gönnen wollte; ohne diese Voraussetzung würde sie ein Räthsel sein. Die Sachlage änderte sich sofort bei Einführung des Formularprocesses, wo als causa debendi nicht bloss ein im Gesetz gebilligter sondern auch ein im Gewohnheitsrecht anerkannter Contract in der Formel angeführt werden durfte; hier musste man sofort zur Bildung materieller Formeln schreiten.

Aber auch hier zeigt sich die Römische, auf das Festhalten des Hergebrachten gerichtete Denkweise; man schuf materielle Formen dort, wo bisher eine abstracte Legisactio nicht existirte oder wo die bisher

---

31) Die späteren Worte iam sine causa sind desselben Sinnes, dies ergiebt das iam = nunmehr.

existirende abstracte Legisactio ungenügend war; man verwandelte aber die abstracte Legisactio in die abstracte Formel, wo jene genügt hatte. Diese Anschauung erklärt Manches, was auf den ersten Anblick räthselhaft erscheint; gehen wir die einzelnen Contracte durch.

Das Darlehn hat es nie zu einer materiellen Formel gebracht; die Darlehnsklage ist die cond. certi und triticaria. Weshalb? Die ursprüngliche Klage war die l. a. per condictionem ex lege Silia und ex lege Calpurnia; man verwandelte diese in die entsprechenden Condictionen, als der Formularprocess eingeführt wurde, und sie genügten dermassen, dass man die Aufstellung einer materiellen Formel unterliess. Zwar hat die cond. certi eine condemnatio certa, und ist in Folge dessen gegen Mora u. dgl. unempfindlich; allein die inzwischen für pecunia credita eingeführte sponsio tertiae partis entschädigte dafür in reichem Masse.

Die Stipulation bietet eine merkwürdige Disharmonie dar: für stipulatio certa die cond. certi und triticaria, für stipulatio incerta die actio ex stipulatu, also eine materielle Klagformel. Woher dies? Ich führte oben nach dem Vorgang von Karlowa aus, dass die l. a. per condictionem auf incertum nie ausgedehnt worden ist; bei Einführung des Formularprocesses konnte also auch bei der Stipulation die l. a. per condictionem nur in dieselben abstracten Formeln wie bei dem Darlehn umgewandelt werden: in die cond. certi und triticaria; während diese aber beim Darlehn genügten, so galt dies keineswegs bei der Stipulation; die stipulatio incerta konnte nur vermöge des Selbstschätzungsrechts mittels der cond. certi eingeklagt werden — eine wegen der Gefahr der Pluspetitio ungenügende Klagformel; man schritt also zu einer Neubildung; aus den oben entwickelten Gründen griff man nicht zur con-

dictio incerti, man schuf vielmehr eine materielle Klagformel: die actio ex stipulatu.

Das soeben Ausgeführte gilt in noch erhöhtem Masse von allen bonae fidei negotia. Der Verkäufer z. B. konnte zwar den Kaufpreis mit der cond. certi einfordern, allein weder erhielt er Entschädigung für Mora u. dgl., noch hatte er auf die sponsio tertiae partis Anspruch, da der gestundete Kaufpreis in der Republik und im Anfang der Kaiserzeit noch nicht als pecunia credita angesehen wurde[32]); der Käufer konnte seine Ansprüche nur vermöge des Selbstschätzungsrechts mittels der cond. certi einklagen. Man schritt demgemäss zur Neubildung, und schuf wiederum materielle Klagformeln: die actio emti venditi.

Ich handle noch mit einigen Worten von den Legaten — bloss um nochmals der heute verbreiteten Ansicht entgegenzutreten, dass die Condictio für sie die *regelmässige*[33]) Klage gewesen sei. Die l. a. per condictionem ist nicht für Legate eingeführt worden; die Legate sind älter als sie, und unzweifelhaft war für sie die l. a. sacramento resp. (für das Damnationslegat) die l. a. per manus iniectionem zulässig; das waren beides materielle Legisactionen, und an ihre Stelle trat selbstverständlich eine materielle Klagformel: die actio ex testamento.

Trotz der neugebildeten materiellen Klagformeln führte man auch in diesen Fällen die abstracte Klagformel fort; denn vermöge ihrer Fassung liess sich

---

[32]) Hierüber vgl. meine Ausführung in § 12.

[33]) Dass nämlich das Legat mit der Condictio als *concurrirender* Klage einklagbar war, wird von mir, der ich diese Qualität der Condictio so sehr betone, selbstverständlich nicht geleugnet; vgl. l. 9 § 1 D. de r. cr. 12, 1: competit condictio certi etiam ex legati causa.

ihre Anwendung auf diese Fälle mit vollem Rechte behaupten; aber ich wiederhole meine obige Bemerkung, dass sie thatsächlich hier zurücktrat; liest man die vielbesprochene l. 9 pr. § 1 D. de r. cr. 12, 1, so kann man sich des Eindrucks nicht erwehren, dass Ulpian die Singularität oder doch die Seltenheit der cond. certi in den von ihm angeführten Fällen betonen will; unter seinen Beispielen fehlt vor Allem das Darlehn und die stipulatio certa, denn für diese ist die Condictio nicht concurrirende sondern ausschliessliche Klagform, was derselbe Ulpian in l. 24 D. de r. cr. 12, 1 lehrt.

Das Bewusstsein von dem abstracten Charakter der Condictio musste sich mit der Abschaffung des Formularprocesses verlieren. Abstract ist die Condictio, so lange sie in iure schwebte; vor den Geschworenen muss sie ebenso wie irgend eine andere Klage materiell begründet werden. Als nun die Theilung des Verfahrens (in iure und in iudicio) im extraordinären Process fortfiel, so war für die abstracte Klage kein Platz mehr vorhanden; ich weiss kein Gesetz, welches der Condictio ihre bisherige Natur genommen, die letztere ist von selbst geschwunden. Und so vollzieht Justinian bei den Bereicherungsklagen jene Scheidung nach dem die Grundlosigkeit der Bereicherung bestimmenden Umstand; er ferner bildet in unzähligen Fällen die condictio ex lege; bei dem Darlehn belässt er (offenbar im Anschluss an seine Quelle) es noch bei der abstracten Condictio; aber Theophilus und die Basilikenscholiasten machen daraus eine condictio ex mutuo; und wenn es bei Theophilus und den Scholiasten zu keiner condictio ex stipulatu kommt, so hat dies einen sehr einfachen Grund: die Institutionen stellten als Klagen aus der Stipulation die condictio und die actio ex stipulatu auf; da durften freilich die

Worte ex stipulatu nicht auf die condictio übertragen werden.

Auf zwei Punkte möchte ich zum Schluss aufmerksam machen. Im Eingang dieses Paragraphen besprach ich den Zusammenhang zwischen l. a. per condictionem und Condictio; Niemand leugnet ihn, aber die bisherigen Anschauungen vermögen ihn nicht herzustellen; denn processualisch hat die Condictio nichts mit der l. a. per condictionem gemein; materiell aber ist die Condictio ex omni causa zuständig, während doch die Legisactio nach der herrschenden Ansicht nur für pecunia credita gegeben worden sein soll. Einzig meine Auffassung ist im Stande, die Continuität zwischen der Legisactio per condictionem und der Condictio zu begründen; beide sind sie zu ihrer Zeit abstracte Klagformen gewesen.

Meine zweite Bemerkung ist folgende. Die l. a. per condictionem ist von mir als die Klagform für neu entstandene Rechtsverhältnisse bezeichnet worden, deren juristische Qualificirung (das bedeutet der Römische Namen) in der Klage unterbleiben sollte. Es ist merkwürdig, wie oft sich dies in der Geschichte des Römischen Rechts wiederholt hat. Schon die classischen Juristen geben die Condictio, wenn das Gesetz einen neuen Anspruch einführt; Justinian bildet seine condictio ex lege und zwar meist in Fällen, deren juristische Formulirung ziemlich schwierig sein dürfte; im Mittelalter folgt man nicht bloss seinem Vorbilde, sondern man schafft Analogien: die condictio ex canone, ex statuto, ex moribus. In der That ist die Condictio von Anfang an eine Handhabe zur Fortentwicklung des Rechts gewesen; geblieben ist sie es so lange, bis die «juristische Construction» unter die principalen Aufgaben der Rechtswissenschaft aufgenommen wurde; in unseren Tagen dürfte trotz aller Neubildungen auf

dem Gebiete des Rechts kaum zur Condictio gegriffen werden.

§ 16. Fortsetzung. Zwei Punkte aus der legis actio per condictionem.

Aus der trümmerhaften Darstellung der l. a. per condictionem bei Gaius ragen zwei feste Punkte hervor: die Herleitung des Namens der Legisactio und ihre Unverwendbarkeit zu einer actio ficticia. Ueber beides will ich im Nachstehenden handeln.

I. Den Namen der Legisactio leitet Gaius aus der condictio her, welche er als ein *einseitiges* Ankündigen an den Gegner, sich am dreissigsten Tage behufs der Geschworenenwahl einzufinden, erklärt. In dieser Auffassung folgen ihm nicht bloss Festus[1]) sowie Justinian und Theophilus in ihren Institutionen (IV, 6 § 15) sondern auch eine Reihe von nicht juristischen Schriftstellern bestätigen diesen Sprachgebrauch[2]). Es bedarf aber keines Beweises, dass dieses die ursprüngliche Wortbedeutung nicht gewesen sein kann, und es lässt sich mit Sicherheit behaupten, dass es auch in späterer Zeit nicht die einzige Wortbedeutung gewesen ist; noch Gellius, der doch in der Note 2 citirten Stelle condictio für einseitiges Ankündigen setzt, versteht an einer anderen Stelle darunter Vertrag:

---

[1]) Condicere est dicendo denuntiare; condictio in diem certum eius rei, quae agitur, denuntiatio.

[2]) Gellius noct. Att. 10, 24 § 9 (sacerdotes quoque populi Romani cum condicunt in diem tertium, diem perendini dicunt); Mart. Cap. I, § 97 (tunc Iuno condicit, uti postridie omnis ille deorum senatus in palatia convenirent); Glossar. Labbaei (παραγγελία = condictio, condictio = πρόκλησις).

noct. Att. 20, 1 § 54: ... pactum atque condictum cum rege populi Romani perfide ruperat ...

und das Gleiche gilt von Pomponius' Worten: in fundo vendendo quaedam, etiamsi non condicantur, praestanda sunt[3]), sowie endlich vom glossarium Labbaei, welches condico mit *συντάσσομαι*, condictum mit *ὁμολογήμενον* wiedergiebt.

Schwerer als diese Zeugnisse wiegt die Erklärung bei Festus: condictum est quod in commune est dictum[4]) sowie die Worte status condictusve dies cum hoste, welche im Militäreide[5]) und als Citat bei Plautus[6]) vorkommen; Cicero, welcher sie ungenau als status dies cum hoste citirt[7]), giebt als seine Quelle die zwölf Tafeln an. Man ist einig darüber, dass diese Worte den Recuperatorenprocess bezeichnen; dies um so mehr, als es vom status dies direct überliefert ist:

Festus: status dies vocatur qui iudicii causa est constitutus cum hoste.

Macrob. Sat. I, 16: stati qui iudicii causa cum peregrino instituuntur.

Bei unserer völligen Unkenntniss des Recuperatorenprocesses ist man auf den Streit des Römischen Volkes mit einem anderen zurückgegangen[8]); man behauptet

---

[3]) l. 66 pr. D. de c. e. 18, 1.

[4]) Eine ganz andere Erklärung der Festusstelle hat Wieding, Libellarprocess S. 657; für meine Zwecke brauche ich auf sie nicht einzugehen.

[5]) Bei Gellius 16, 4 § 4.

[6]) Curcul. I, 1, 5.

[7]) De off. I, 12 § 37.

[8]) Voigt, ius nat. 2, 183 ff. Umgekehrt findet Danz (sacraler Schutz S. 180 f. 190 f.) eine Aehnlichkeit zwischen dem völkerrechtlichen Verfahren und der l. a. sacramento resp. per manus iniectionem andererseits; Huschke (das Römische Jahr S. 322 ff.) bloss mit der l. a. sacramento; in seinem Werke: Die Multa S. 487 Text bei Note 368 hat aber Huschke denselben Standpunkt wie Voigt.

eine Verwandtschaft von clarigatio, Recuperatorenprocess und l. a. per condictionem; ich glaube nicht, dass dies mit Recht geschieht. Zwar kommen bei der clarigatio dieselben dreissig Tage wie bei der l. a. per condictionem vor; auch nennt Livius I, 32 § 10 das ganze völkerrechtliche, der Kriegserklärung vorhergehende Verfahren ein res, lites, causas condicere; allein der Recuperatorenprocess konnte doch nicht dasjenige Verfahren zum Vorbild nehmen, das durch ihn beseitigt werden sollte; er ist ein Verfahren zufolge völkerrechtlichen Vertrages, die Kriegserklärung hingegen ein einseitiger Akt; auch lässt sich nachweisen, dass gerade die dreissig Tage, welche aus der völkerrechtlichen clarigatio in den Recuperatorenprocess und aus diesem in die l. a. per condictionem übergegangen sein sollen, in dem Recuperatorenprocess nicht Anwendung gefunden haben. In dem Latinischen Bündniss vom Jahre 261 findet sich nämlich die Bestimmung:

τῶν ἰδιωτικῶν συμβολαίων αἱ κρίσεις ἐν ἡμέραις γινέσθωσαν δέκα, παρ' οἷς ἂν γένηται τὸ συμβόλαιον [9]),

d. h. die Austragung der Sache soll in den nächsten zehn Tagen geschehen. Die dreissigtägige Frist der l. a. per condictionem kann also nicht aus dem Recuperatorenprocess entsprungen sein; in der That wäre diese Frist für ein Gastgericht eine unverhältnissmässig lange; im Recuperatorenprocess muss die Frist den individuellen Verhältnissen angepasst werden und jedenfalls eine kurz bemessene sein; beiden Anforderungen entsprechen die zehn Tage des Latini-

[9]) Dionys VI, 95. Die Frage, ob innerhalb dieser zehn Tage bloss die Bestellung der Recuperatoren oder die Fällung des Urtheilsspruches geschehen musste, kann hier bei Seite bleiben; vgl. darüber Voigt, ius nat. 2, 179 Note 165; Huschke, Römisches Jahr S. 328 Note 250.

schen Bündnisses; die Frist durfte nicht länger, wohl aber konnte sie kürzer sein: sie war also in jedem Falle eine verabredete, ein dies condictus.

Wenden wir uns zur l. a. per condictionem. Unstreitig ist hier eine Abänderung gegenüber dem Recuperatorenprocess eingetreten: die Frist ist eine ein für alle Mal bestimmte von dreissig Tagen; es lag darin ein Gewinn, nämlich eine festere Ordnung des Processes; sie war wohlbegründet, da es sich um ein Verfahren unter Bürgern handelte. Folgt aber hieraus, dass der dies condictus in unserer Legisactio ein einseitig angesagter war? Es scheint dies (und dies ist die heut allgemeine Meinung) aus den Worten des Gaius hervorzugehen; er lässt den Kläger dem Verklagten den Tag ankündigen (denuntiare). Eine genauere Untersuchung führt zum Gegentheil.

Der Vertrag, an einem durch besondere Abrede festgesetzten Tage sich vor Gericht zu stellen, zerfällt in zwei Theile: in die Abrede sich zu stellen, und in die, sich an dem verabredeten Tage zu stellen. Der dies condictus des Recuperatorenprocesses begreift beide Theile des Vertrages, derjenige in der l. a. per condictionem enthält bloss den einen Theil, nämlich die Abrede sich zu stellen; es folgt dies aus Gaius 4, 184:

> cum autem in ius vocatus fuerit adversarius neque eo die finiri potuerit negotium, vadimonium ei faciendum est, id est ut promittat se certo die sisti.

Es ist die Eigenthümlichkeit der l. a. per condictionem, dass sie niemals im ersten Termin zu Ende gebracht werden kann; es muss stets ein zweiter Termin behufs der Geschworenenwahl stattfinden, und da dieser durch Vadinonium verabredet wird, so ist auch in der l. a. per condictionem ein rechter dies con-

dictus vorhanden. Ich lege darauf Gewicht, weil nur auf diese Weise der Name der Legis actio verständlich wird; aber ich gebe zu, dass die Abrede nur, wenn ich so sagen darf, eine halbe ist; sie ist dies um so mehr, als der Beklagte gesetzlich verpflichtet ist, die Abrede zu treffen; zwar gilt dies auch vom Recuperatorenprocess; allein in dem letzteren prävalirt der Charakter der Abrede, weil der Tag von den Parteien festgesetzt wird; in unserer Legisactio, wo das Gegentheil stattfindet, tritt der Charakter der Abrede zurück. Und so mag denn unsere Legisactio den Anlass gegeben haben, dass das Wort condictio die Bedeutung einer einseitigen Ankündigung erhielt, und dass Gaius den Act des Condicirens in unserer Legisactio in diesem Sinne auffasste.

Werfen wir einen Blick auf die l. a. sacramento; von ihr heisst es bei Gaius 4, 15:

> . . . ad iudicem accipiendum venirent, postea vero reversis dabatur. Ut autem die trigesima iudex daretur, per legem Pinariam factum est; ante eam autem legem statim dabatur iudex.

Ich citire nach Studemund; die Lesart *statim* dabatur iudex ist ungewiss; Andere lesen *nondum* dabatur iudex, und sie wollen damit ausdrücken, dass vor der lex Pinaria überhaupt kein Geschworener gegeben sondern die Sache vom Magistrat abgeurtheilt wurde; allein es liegt auf der Hand, dass alsdann Gaius hätte schreiben müssen: *non* dabatur iudex. Dies vorausgeschickt, so ergiebt sich für die Zeit *vor* der lex Pinaria ein Gegensatz zwischen der l. a. sacramento und der per condictionem; dort ward der Geschworene sofort, hier erst im zweiten Termine nach dreissig Tagen ernannt. Nun wissen wir weder etwas über die Zeit, zu welcher die l. Silia noch über die, zu welcher die l. Pinaria gegeben wurde. Gewöhnlich hält man

die l. Pinaria für die ältere; aber nicht der geringste Beweis ist dafür erbracht worden[10]). Denken wir uns umgekehrt die l. Silia als die ältere, so hat sie die Neuerung eingeführt, dass der Geschworene erst nach dreissig Tagen ernannt wurde; von dieser Neuerung erhielt sie ihren Namen; die l. Pinaria hat die neue Vorschrift auf die l. a. sacramento übertragen. Die dreissigtägige Frist bewährte sich nämlich; sie hatte den Charakter einer Bedenkzeit, welche den Verklagten in vielen Fällen zur Zahlung veranlasste, und das Unterbleiben des Processes zur Folge hatte; es ist aber ein altes Bestreben der Gesetzgeber, Processe zu verhüten. In hohem Masse war die Bedenkzeit gerechtfertigt, wenn, wie ich im vorigen Paragraphen ausführte, die l. a. per condictionem für alle die neuen Rechtsverhältnisse eingeführt war, welche keine legale sondern eine gewohnheitsrechtliche Basis hatten; hier mochte der Verklagte bei Vornahme der Legisactio (der ersten Verhandlung in iure) auf die Abwesenheit einer legalen Grundlage pochen, das Gewohnheitsrecht in Abrede stellen und zum Processiren überaus geneigt sein; in der dreissigtägigen Frist hatte er Gelegenheit, den Rechtszustand zu erkunden und seine Rechtsanschauungen zu corrigiren. So wird die erste Mittheilung, welche wir aus Gaius über unsere Legisactio empfangen, zu einer Bestätigung der Ansicht, welche ich in § 15 über die Gründe ihrer Einführung entwickelt habe.

II. Die zweite Mittheilung ist in Gaius 4, 33 enthalten. Im § 10 gedachte Gaius der Eintheilung der Klagen in solche quae ad legisactionem exprimuntur und in solche quae sua vi ac potestate constant; zur Erklärung schaltet er eine Darstellung des Legis-

---

10) Man sehe nur Rudorffs Rechtsg. Bd. 1 § 19 Note 16, § 43 Note 2, und Rudorff ist in solchen Dingen überaus genau.

actionenprocesses bis § 31 ein. Hier muss er zu seinem im § 10 genommenen Ausgangspunkt zurückgekehrt sein; es ist aber eine ganze Seite an dieser Stelle unleserlich, und so erfahren wir aus den §§ 32. 33 bloss zweierlei: einmal dass eine Klage ad instar legisactionis per pignoris capionem noch zu Gaius Zeit practisch sei, und sodann dass es keine Klage ad instar legisactionis per condictionem gebe:

> nulla autem formula ad condictionis fictionem exprimitur; sive enim pecuniam sive rem aliquam certam debitam nobis petamus, eam ipsam dari nobis oportere intendimus, nec ullam adiungimus condictionis fictionem; itaque simul intelligemus, eas formulas, quibus pecuniam aut rem aliquam nobis dari oportere intendimus, sua vi ac potestate valere ...

Da die Stelle ganz am Ende der Gaianischen Deduction steht, so wurde die Ansicht aufgestellt[11]), dass die Condictio eine aparte Stellung einnehme; alle vier übrigen Legisactionen hätten fictionsweise in einzelnen Anwendungen noch in die Zeit des Formularprocesses hineingereicht, von der l. a. per pignoris capionem sage es Gaius ausdrücklich, offenbar habe er das Gleiche von den drei anderen Legisactionen in dem unleserlichen Stücke berichtet. Noch weiter ging Muther; er behauptete, der Prätor habe anfänglich die Formelconception nur bescheiden und ängstlich, unter Fiction der Vornahme der Legisactio geübt[12]), und auch Keller wie Rudorff sprachen a. a. O. von einer Fiction sämmtlicher Legisactionen «wenigstens in der Uebergangszeit», «in den Anfängen der Formelbildung».

---

11) Zur Lehre v. d. Actio S. 74 in der Note.

12) Keller, Cpr. § 25 Note 248; Rudorff, Rgesch. Bd. 2 § 30.

Hiegegen ist Demelius aufgetreten[13]). Soweit seine Ausführung gegen Muther gerichtet ist, trete ich ihr völlig bei; «es ist ganz unmöglich, sich unter dem Ermöglichen der Formelconception nur durch Fiction der Vornahme der Legisactio sich irgend etwas Bestimmtes und Haltbares vorzustellen»; so schreibt mit Recht Demelius; es darf doch nicht vergessen werden, dass der Formularprocess durch Gesetze eingeführt worden ist; erhielt der Magistrat das Recht der Formelconception, so bedurfte er nicht dazu der Fiction; zu dieser musste er nur um eines materiellen Rechtssatzes, nicht um der Formelconception willen greifen.

Demelius stellt aber die weitere Behauptung auf, dass die Fiction der Legisactio nur bezüglich der l. a. per pignoris capionem vorgekommen sei; die ganze Lücke bei Gaius nach § 31 des vierten Buches ist nach Demelius der l. a. per pignoris capionem gewidmet gewesen. Demelius findet es nicht auffallend, dass Gaius der l. a. per condictionem erst im § 33 gedenkt; er bespreche von § 30 an die etwaigen Ueberreste des Legisactionenverfahrens, und zwar im § 31 der l. a. sacramento (durch Erwähnung der Centumviralgerichtssachen), und der l. a. per iudicis arbitrive postulationem (durch Erwähnung des damnum infectum), dann im § 32 der l. a. per pign. capionem und endlich im § 33 der l. a. per condictionem; der Sinn seiner Ausführung sei: die l. a. sacr. kommt noch vor, die l. a. per iudicis post. kann noch vorkommen, die l. a. per pign. cap. wird fingirt, die l. a. per cond. ist spurlos verschwunden. Die Richtigkeit der Anschauung von Demelius vorausgesetzt, so fehlt die Erörterung der l. a. per manus iniectionem; aber weiter drängt sich die Frage auf, warum denn Gaius, wenn er wirk-

13) Rechtsfiction § 6.

lich das Mass der Fortdauer der einzelnen Legisactionen angeben wollte, an die actiones ad instar legisactionis angeknüpft hat, und zwar nicht bloss bei der l. a. per pign. capionem, deren Fiction zur Zeit des Formularprocesses practisch ist, sondern auch bei der l. a. per condictionem, trotzdem die fictio condictionis nicht zulässig ist. Man kann sich des Eindrucks nicht erwehren, dass er den im § 10 aufgestellten und durch die Darstellung des Legisactionenverfahrens unterbrochenen Gedanken wieder aufnehmen will; diesen Gedanken hält er ja selbst im Folgenden fest, denn im § 34 bis § 38 bespricht er eine zweite Art der Fictionen.

Noch einen zweiten Beweis hat Demelius angetreten: er zeigt, dass bei der l. a. per pignoris capionem ein guter Grund zur Fiction der Pfändung vorhanden gewesen ist; nach der lex praediatoria (censoria) habe der Publicane den säumigen Zollpflichtigen pfänden können, die Auslösung (luere) des Pfandes habe durch Erlegung des Betrags, der durch örtliche Gewohnheit oder Gesetz bestimmt war, geschehen müssen; später[14]) habe man den Publicanen das Pfändungsrecht genommen, sie aber natürlich nicht materiell schlechter stellen wollen; um die bisherigen Grundsätze, die sich an das pignus luere knüpften, festzuhalten, habe man das pignus luere, folgeweise auch die fictio pignoris capionis in die Formel herüber nehmen müssen. Demelius leugnet nun, dass bei den übrigen Legisactionen analoge Verhältnisse obgewaltet hätten, und kommt demnach zu dem Schluss, dass hinsichtlich ihrer eine Fiction des Legisactionenacts undenkbar ist.

---

[14]) Vgl. hierüber Karlowa, Cpr. zur Zeit der Legisactionen S. 215 f.

Gern gebe ich Demelius seine Begründung der fictio pignoris capionis zu; aber schon Krüger[15]) hat ihm entgegengehalten, dass seine Behauptung, bei den anderen Legisactionen haben keine analogen Verhältnisse obgewaltet, unbeweisbar sei; zugleich hat Krüger auf die Bestimmungen der zwölf Tafeln über iniuriae und noxa eines Sclaven, auf die pauperies und talio des membrum ruptum hingewiesen, deren Lösungssummen ebenfalls unbestimmt gewesen seien. Ich lasse diese Fälle (welche eine Fiction der l. a. sacramento involviren) dahingestellt; von der l. a. per manus iniectionem aber glaube ich mit Sicherheit das von Demelius Geleugnete beweisen zu können. Bekanntlich fand diese Legisactio bei gewissen Damnationslegaten statt und es blieb davon in der Zeit des Formularprocesses der Rechtssatz zurück, dass bei den legata quae per damnationem certa relicta sunt der Leugnende aufs Doppelte verurtheilt wird. Nun kennen wir die Formel dieses Legats aus Gaius 2, 204 und 4, 55:

> 2, 204: quod autem ita (per damnationem) legatum est, post aditam hereditatem, etiamsi pure legatum est, non ut per vindicationem legatum continuo legatario acquiritur, sed nihilo minus heredis est, et ideo legatarius in personam agere debet, id est, intendere *heredem sibi dare oportere.*
>
> 4, 5 ... si quis *ex testamento dari sibi oportere* intenderit ...

Denkt man sich an diese Intentio die gewöhnliche Condemnatio hinzugefügt, so würde der Kläger niemals die Verurtheilung des Verklagten ins Doppelte erlangen[16]); die letztere ist nur durch eine Fiction

15) Consumtion § 3 Note 5.

16) Rudorff (de iurisd. ed. p. 82) und Karlowa (Civilpr. z. Z. der

herbeizuführen, und welche Fiction konnte angewendet werden als die der manus iniectio? Vielleicht darf ich mich hierbei auf die örtliche Darstellung des Gaius als auf ein Indicium berufen; Gaius 4, 9. 10 behandelt nämlich unmittelbar nach den act. ex quibus adversus infitiantem in duplum agitur die Klagen, in welchen eine Legisactio fingirt wird; sollten nicht die ersteren in Gaius den Gedanken an die letzteren rege gemacht haben? Ist dies aber der Fall, so dachte Gaius vorzüglich an die Fiction der manus iniectio in der Formel[17]).

Sonach gelange ich zu dem Resultat, dass die l. a. per condictionem allerdings eine besondere Stellung einnahm, dass sie die einzige ist, deren Fiction in einer Formel unzulässig ist. Man ist gedrängt, nach dem Grunde dieser Erscheinung zu suchen[18]).

Ich möchte mich dabei einer doppelten Argumentation bedienen. Schon oben machte ich die Bemerkung, dass die Fiction zum Zweck haben muss, einen materiellen Rechtssatz von der Legisactio auf

---

Legisact. S. 199) reconstruirten die Formel der act. l. Aquiliae und formulirten die Condemnatio mit den Worten: tantae pecuniae in duplum resp. tantam pecuniam et alteram tantam ... Allein diese Formulirung ist nicht schlüssig; denn wenn die Intentio bloss den höchsten Geldwerth des getödteten Sclaven im letzten Jahr begreift, und wenn der Kläger in der Intentio desiderium suum concludit (Gaius 4, 41), so kann die Condemnation nicht aufs Doppelte gehen, dieses Endziel kann nur durch Fiction erreicht werden.

17) Die obige Darstellung gilt für *alle* echten Litiscrescenzfälle; ich habe das Damnationslegat nur deshalb herausgegriffen, weil wir seine Intentio aus Gaius kennen.

18) Darüber haben sich Keller und Rudorff nicht geäussert; die Bemerkung von Bethmann-Hollweg 1, 155 Note 31, dass die fictio condictionis deshalb unterblieb, weil die Legisactio einen Uebergang zum Formularprocess bildete, ist mir unverständlich.

den Formularprocess zu übertragen; das Gaianische Beispiel von der pignoris capio und das von mir hinzugefügte der manus iniectio haben diese Bemerkung voll bestätigt. Nun hat aber die l. a. per condictionem keine eigenthümlichen entwickelten Rechtssätze; sie kann sie nicht haben, weil mittels ihrer die verschiedensten Ansprüche geltend gemacht werden; materielle Rechtssätze von specifischer Natur können aber vernünftiger Weise nur mit specifischen Rechtsverhältnissen verknüpft werden.

Die Fiction geschieht zum Zweck der Gleichstellung des einen Verhältnisses mit einem anderen; bei der Fiction der pignoris capio wird die Zollklage des Publicanus dem früheren Pfändungsrecht gleichgestellt; bei der der manus iniectio wird der gegenwärtige Anspruch des Damnationslegatars dem älteren mit der Strafe des Doppelten behafteten gleichgestellt. Es sind concrete Verhältnisse, die sich vergleichen und deshalb gleichstellen lassen. Abstracte Ansprücke aber kann man nicht vergleichen noch gleichstellen, denn ihr Gepräge ist ein völlig gleiches, und es giebt deshalb bei ihnen nichts auszugleichen; es ist denkbar, dass eine Forderung auf zehn aus einem Testament einer Forderung auf zehn aus einem Kaufcontract gleichbehandelt wird, aber es ist verkehrt, eine Forderung auf zehn einer Forderung auf zehn gleichzustellen; denn die Gleichheit ist bereits vorhanden.

Beide Gründe führen auf die Natur der l. a. per condictionem als die abstracte Form unter den Legisactionen zurück.

§ 17. Die condictio incerti.

Dass condictio incerti und actio incerti zu unterscheiden sind, ist eine von Rudorff aufgestellte, von Bethmann-Hollweg, Bekker und Karlowa gebilligte Ansicht[1]; in der näheren Qualificirung weichen diese Schriftsteller ab, denn während Bethmann-Hollweg der Rudorffschen Meinung völlig beigetreten ist, nennt sie Karlowa wenig befriedigend. Auch Bekker muss derselben Ansicht wie Karlowa sein, denn er wirft die Frage auf: was bedeutet der Gegensatz von cond. incerti und act. ex stipulatu u. s. w.? Ich behaupte von der Rudorffschen Ansicht, dass sie quellenwidrig ist. Nach Rudorff ist nämlich die Klage über incertum in der Regel eine actio incerti, und nur wenn ein «materielles Rückforderungsrecht» in Frage steht, ist es eine condictio incerti. Diese Meinung ist sofort durch die condictio cautionis usufructuariae zu widerlegen (§ 21); von der Caution, welche der Usufructuar stellen muss, heisst es ausdrücklich, dass sie durch die condictio incerti eingefordert werden kann[2]), und hier ist doch von einem materiellen Rückforderungsrecht nicht die Rede. Nicht minder müssen Rudorff die Fälle der sog. cond. ex lege entgegengestellt werden, von denen das Ebengesagte in vollem Masse gilt; auch diese Fälle können auf incertum gerichtet sein. Endlich steht ihm die Condictio entgegen, die mit der prätorischen act. adiecticiae qualitatis concurrirt; sie ist entschieden,

---

[1]) Rudorff, Rechtsg. 2, 148; Bethmann-Hollweg Civilpr. § 93 Note 54; Karlowa, Civilpr. zur Zeit der Legisact. S. 237; Bekker, Actionen 1, 110 f.

[2]) l. 5 § 1 D. de usufr. ear. rer. 7, 5; cf. l. 7 pr. D. usufr. quemadm. cav. 7, 9.

wie ich unten nachweisen werde (§ 20), keine Rückforderungsklage sondern Klage auf Erfüllung.

Von vornherein will ich etwas einräumen. Aus meiner Anschauung, dass die cond. incerti (wie jede andere Condictio) eine abstracte Klage ist, folgt genau genommen ihre allgemeine Anwendbarkeit in den Fällen des Incertum; die cond. incerti würde hiernach nicht den weiten Umfang der cond. certi haben (denn auf die letzte kann vermöge des Selbstschätzungsrechts Alles, auch ein Incertum, zurückgeführt werden), allein der Unterschied in der Anwendung der beiden Condictionsarten würde lediglich durch das Object gegeben sein.

Diese Meinung kann ich nicht aufstellen; ich gebe zu, dass nach den Quellen die cond. incerti nicht in allen Fällen des incertum angewendet worden ist. Suchen wir die Grenze ihrer Anwendung aufzufinden; wir werden dabei auch die Gründe für die beschränkte Anwendung erkennen.

Unzweifelhaft hat die cond. incerti keine *gesetzliche* Grundlage: die lex Silia und Calpurnia beziehen sich nur auf Certa; die cond. incerti verdankt ihren Ursprung der Jurisprudenz. Aber auch der bereits in § 15 behandelte Punkt ist zu betonen, dass die l. a. per condictionem nie auf Incertum übertragen worden ist, und dass mithin die cond. incerti nicht eine Umwandlung einer bisher bestandenen Legisactio sondern eine volle Neuschöpfung ist. Wäre bereits zur Legisactionenzeit jene Uebertragung beliebt worden, so wäre dies sicherlich in dem Sinne geschehen, dass die Erfüllung eines contractus incertus eingeklagt werden konnte; denn dies war der wundeste Punkt in jener Zeit: Käufer wie Verkäufer konnten sich nur der Legisactio ex l. Silia resp. Calpurnia bedienen und mussten demnach certa pecunia resp. alia certa res

verlangen, überallsonst waren sie klaglos. Als aber der Formularprocess eingeführt wurde, so gab man sich, wie es das Natürliche war, der Ausbildung materieller Klagformeln hin; es entstand für Incertum die actio ex stipulatu, die actio emti venditi u. s. w.; auf diesem Gebiete war kein Raum für die cond. incerti; gleichviel ob gleichzeitig mit jenen materiellen Klagformeln oder erst später aufgestellt: niemals beschränkt sie das Gebiet dieser materiellen Klagformeln. Und so ist denn die Concession, zu welcher ich mich von vornherein verstehe, die, dass *die cond. incerti niemals als Klage für Erfüllung von Contracten angewendet worden ist.* Daher wird in den Institutionen III, 15 pr. als Klage bei incerta stipulatio einzig die act. ex stipulatu, nicht die cond. incerti genannt; daher heisst es in l. 8 D. de a. e. v. 19, 1 (von Paulus)[3]:

> si tibi liberum praedium tradidero, quum serviens tradere deberem, etiam condictio incerti competit mihi, ut patiaris eam servitutem, quam debuit, imponi[3a]). § 1. Quodsi servum praedium in traditione fecero, quod liberum tibi tradere debui, tu ex emto habebis actionem remittendae eius servitutis gratia, quam pati non debeas.

Im Falle des Principium hat der Verkäufer zu viel geleistet; er kann das Zuviel nicht bloss mit der act. venditi sondern, da es ein incertum ist, auch mit der (concurrirenden) cond. incerti einfordern. Im Falle des § 1 hat der Verkäufer zu wenig geleistet; es kann der Käufer sich nur der Contractsklage bedienen.

---

[3]) Die l. 32 D. de a. e. v. 19, 1 von Ulpian ist ganz analog der l. 8 cit. gebaut; im ersten Satz erhält der Verkäufer, welcher zuviel geleistet hat, die cond. triticaria; im zweiten der Käufer, welcher zu wenig empfangen hat, die act. emti.

[3a]) Ebenso l. 35 D. de serv. pr. urb. 8, 2.

Vom Bereicherungsstandpunkt aus lassen sich die Entscheidungen nicht rechtfertigen; wenn man im Falle des Principium den Käufer aus dem Vermögen des Verkäufers bereichert erklärt, da das ihm übergebene Grundstück servitutfrei ist, so muss man mit derselben Bestimmtheit behaupten, dass im Falle des § 1 der Verkäufer aus dem Vermögen des Käufers bereichert ist, da das ihm übergebene Grundstück gegen die Kaufabrede servitutbelastet ist. Das Verständniss der Stelle wird erst durch den oben von mir aufgestellten Satz ermöglicht, wonach die cond. incerti niemals Erfüllungsklage ist, daher ist sie wohl im Falle des Principium, nicht aber in dem des § 1 zulässig. Aus dieser Deduction ergiebt sich zugleich eine später (in § 20) darzustellende Ausnahme. Dort wird gezeigt werden, dass nach classischem Recht mit den act. adiecticiae qualitatis die Condictionen, und zwar alle Species derselben (auch die incerti) concurriren; in diesen Fällen existirten *nach Civilrecht* keine Klagen auf Erfüllung, die Condictionen traten in die Lücke.

Ich gehe jetzt einen Schritt weiter, und ich gebe auch für Delictsforderungen zu, dass, wo civile Klagen existiren, die cond. incerti keine Anwendung findet; wenigstens kenne ich kein Quellenzeugniss, in welchem bei damnum iniuria datum oder bei Injurien die cond. incerti verstattet würde; dass im Fall des Diebstahls die cond. incerti zulässig ist[4]), kann nicht entgegenstehen; im Diebstahlsfall ist die Condictio in allen ihren Species (certi u. s. w.) anomal; der Grund «odio furum» greift auch bei der cond. incerti durch.

Die obige Ausführung scheint zu dem Schluss zu führen, dass, während die cond. certi und triticaria zweierlei Anwendung finden (sie sind theils ausschliess-

[4]) l. 12 § 2 D. de cond. furt. 13, 1.

liche theils concurrirende Klagen), für die cond. incerti sich nur eine einzige Anwendung behaupten lasse: die Anwendung als ausschliessliche Klage. Der Schluss ist falsch: auch die cond. incerti ist concurrirende Klage.

Ich habe nämlich S. 200 f. darauf aufmerksam gemacht, dass der Umfang der Contractsklagen in der Zeit vor Julian ein beschränkterer gewesen ist; sie gingen zwar auf Erfüllung, aber für Alles das, was nicht unter den Begriff der Erfüllung gebracht werden konnte, waren sie nicht anwendbar; sofort trat dann die Condictio ein, und sie blieb in Anwendung, als durch Julian der Umfang der Contractsklagen erweitert wurde; sie blieb es umsomehr, als die Julianische Ansicht nicht zur unbestrittenen communis opinio erhoben wurde, denn noch Ulpian schreibt:

> l. 11 § 6 D. de a. e. v. 19, 1: . . . et Julianus di*ceret*, ex emto agi posse, *certe* etiam condici poterit, quia iam sine causa apud venditorem est annulus.

Das diceret wie das certe bezeugen, dass selbst Ulpian nicht mit voller Bestimmtheit auf Seiten der Julianischen Meinung steht; fast scheint er zur Anstellung der Condictio zu rathen; von dieser sagt er: certe competit, sie ist unzweifelhaft zuständig.

In dem Julian-Ulpianischen Falle handelt es sich um die cond. triticaria; die l. 8. D. de a. e. v. 19, 1 von Paulus, die ich S. 220 f. besprochen, und die l. 35 D. de serv. pr. urb. 8, 2 von Marcian bringen einen Fall mit cond. incerti[5]). Vergleicht man beide Fälle, so

---

[5]) Auch von der cond. certi lässt sich das Gleiche nachweisen; allmählich (seit Julian) concurriren mit ihr materielle Klagen; Ulpian in l. 5 D. de tut. 27, 3 erwähnt es als herrschende (plerisque placuit, also früher streitig) Meinung; Paulus in l. 12 D.

lässt sich nicht leugnen, dass sie analog sind; konnte vor Julian die Arrha nicht mit der Contractsklage zurückgefordert werden, so konnte es sicherlich ebensowenig eine vom Verkäufer gemachte und als Incertum sich qualificirende Zuvielleistung; für Beides war damals nur die cond. triticaria resp. incerti zulässig. Dies wird unwiderleglich dadurch bewiesen, dass Pomponius, der Zeitgenosse Julians[6]) in dem soeben besprochenen Falle nur der cond. incerti gedenkt:

> l. 22 § 1 D. de cond. ind. 12, 6: quum iter excipere deberem, fundum liberum per errorem tradidi; *incerti condicam*, ut iter mihi concedatur[7]).

Erst die später lebenden Paulus und Marcian gedenken der act. venditi und der cond. incerti neben einander.

So ist allmählich die cond. incerti das geworden, was sie ursprünglich nicht war: eine nicht bloss ausschliessliche sondern zugleich concurrirende Klage; das ward sie aber nicht etwa durch Erweiterung ihrer Anwendbarkeit, sondern umgekehrt dadurch, dass auf ihr Gebiet die materiellen Contractsformeln in concurrirender Weise übertragen wurden. Man kann die Grenzen ihrer Anwendung etwa so normiren: sie findet

---

de nov. 46, 2 fügt nach Erwähnung der Condictio die vielbehandelten Worte hinzu: et ideo, quum ipse praestiterit pecuniam, aget mandati iudicio;" Gaius in l. 34 pr. D. de nov. 46, 2 erklärt «quo nomine *etiam* mandati actio peculio acquiritur; das etiam weist auf eine andere Klage hin, die so bekannt ist, dass sie erst nicht genannt zu werden braucht, nämlich die Condictio.

6) Sie citiren sich gegenseitig; vgl. die Citate in Rudorffs Rechtsg. Bd. 1 § 67 Note 17.

7) Vielleicht wird man einwenden, dass Pomponius von einer *stipulatio* fundum tradi handelt; indess da Pomponius der Causa nicht gedenkt, so hat er sie für gleichgiltig gehalten; m. a. W. gleichviel ob Stipulation oder Kauf: nach Pomponius ist immer nur die cond. incerti zulässig.

überall statt, wo zur Geltendmachung einer vorhandenen civilen Obligation eine civile Klage fehlt oder doch im Anfang der *classischen* Jurisprudenz gefehlt hat. Ich betone, dass ich von dem Anfang der *classischen* Jurisprudenz rede; hier waren die materiellen Klagformeln, die überhaupt in classischer Zeit existirten, bereits erfunden, sogar die act. praescriptis verbis existirte schon; die classische Zeit hat keine neue materielle Klagformel aufgestellt, aber sie hat die Anwendbarkeit der vorhandenen materiellen Klagformeln seit Julian erweitert.

Vergleicht man meine Formulirung mit der Rudorff-schen, so springt der Gegensatz in die Augen; Rudorff kennt nur einen einzigen Anwendungsfall der cond. incerti: den des «materiellen Rückforderungsrechts»; ich weise ihr eine principielle Anwendung in einem ganzen Kreise von Fällen zu; ist auch dieser Kreis lange nicht von dem Umfang der cond. certi, so enthält er doch derartig verschiedene Fälle, dass nur die Natur der cond. incerti als abstracte Klage die Möglichkeit ihrer Zusammenfassung erklärt. —

Ich wende mich zur Formel.

Die Formel der actio incerti ist uns durch den Bericht des Gaius 4, 136 über die actio ex stipulatu vollständig bekannt[8]):

> Quod A. A^{us} de N^o N^o incertum stipulatus est, q. d. r. agitur, quicquid ob eam rem NN^{um} AA^o dare facere oportet, eius, iudex, NN^{um} AA^o condemna, s. n. p. a.

---

[8]) Uebereinstimmend ist die Formel derjenigen act. incerta, welche bonae fidei ist; auch diese ist bei Gaius 4, 47 bezüglich der act. depositi erhalten; natürlich hat die Intentio den Zusatz: ex fide bona.

Streitig ist jedoch, ob in der Demonstratio das Wort «incertum» ständig war oder ob es in jedem speciellen Fall durch den wirklichen Gegenstand der Stipulation (possessionem tradi, insulam fabricari) ersetzt worden ist[9]); die herrschende Meinung ist seit Keller für Ständigkeit des Wortes incertum, und so auffallend dies an sich ist, und so mannigfache Complicationen bezüglich der res iudicata daraus entstehen mussten, so ergeben zwei Entscheidungen in den Digesten, die von der actio ex testamento (einer materiellen Klagformel) handeln, die Richtigkeit der herrschenden Ansicht:

l. 20 D. de exc. rei iud. 44, 2: si ex testamento actum sit cum herede ab eo, qui, quum totum argentum ei legatum erat, mensas duntaxat sibi legatas putaret, earumque duntaxat aestimationem in iudicio fecisset, postea eundem petiturum de argento quoque legato Trebatius ait, nec obstituram ei exceptionem, quod non sit petitum, quod nec actor petere putasset nec iudex in iudicio sensisset.

l. 21 pr. D. eod.: si quum argentum mihi testamento legatum esset, egerim cum herede, et postea codicillis prolatis vestem quoque mihi legatam esse appareat, non est deducta in superius iudicium vestis causa, quia neque litigatores neque iudex de alio quam de argento actum intelligant.

Weder können im Fall der l. 20 die mensae noch in dem der l. 21 das argentum in der demonstratio

---

9) Savigny, System 5, 617 Note a; Keller, Cpr. § 41 Note 472; Rudorff, Rgesch. Bd. 2 S. 101 Note 51; Bethmann-Hollweg 2, 221 Note 16; Krüger, Consumtion S. 59, 60; Voigt, das ius naturale 4, 394 Note 8. Krüger ist auf die Streitfrage genau eingegangen.

formulae genannt gewesen sein; sonst wäre ein Streit über das im Vorprocess Verhandelte undenkbar; es wird betont, dass der Geschworene nur die mensae resp. das argentum abgeschätzt habe, und daraus wird gefolgert, dass die Parteien wie der Geschworene nur das Abgeschätzte als Processgegenstand *angesehen* hatten; daher die Schlussworte petere *putasset*, *sensisset* (in l. 20), actum *intelligant* (in l. 21); dieses Glauben, Annehmen, Ansehen setzt voraus, dass das Processobject nicht bestimmt bezeichnet war. Ich habe schon oben darauf hingewiesen, welche Schwierigkeiten für die res iudicata aus der unbestimmten Fassung der Demonstratio hervorgehen mussten; es mussten daraus Controversen entstehen; es musste die Frage aufgeworfen werden, wie das incertum der Formula verstanden werden solle, und es hatte sich hierüber die Ansicht gebildet, id venire in iudicium, de quo actum est inter litigantes; hiegegen erhob Celsus unter Zustimmung von Ulpian Einspruch, sie griffen zu einer negativen Fassung: id non venire, de quo nominatim actum est, ne veniret[10]). Diese negative Fassung ist sicherlich schlecht; an ihr gemessen, würden die beiden oben in l. 20 l. 21 pr. D. de exc. rei iud. 44, 2 getroffenen, durchaus gerechten Entscheidungen unhaltbar sein. Celsus meinte, das Princip des «de quo actum est inter litigantes» sei gefährlich, denn der Verklagte werde sich immer auf das Leugnen verlegen, allein damit wird der richtige Gesichtspunkt verschoben: Celsus macht aus einer *materiellen* Frage eine *Beweisfrage*; das berechtigte ihn noch nicht, die materielle Rechtsregel umzustossen, er musste vielmehr an besseren Beweis denken, bezüglich des Beweises musste er Rathschläge geben. Dies that Paulus; er erklärt, dass

10) l. 61 pr. D. de iud. 5, 1.

bei einem Widerspruch zwischen Kläger und Verklagten actori potius credendum est, alioquin negabit semper reus se consensisse[11]); so bedenklich auch diese Meinung ist, so wahrt sie wenigstens den richtigen Gesichtspunkt.

Die obige Deduction dürfte ein Beitrag zu der Keller-Bekkerschen Controverse über das Mass der processualischen Consumtion sein[12]); es ist aber hier nicht der Ort, dies weiter zu verfolgen. Mein nächstes Ziel war, die Bedenken gegen eine Formelfassung mit dem Worte «incertum» in der Demonstratio auszuführen; ich werde davon bei Erörterung der Formel der cond. incerti Gebrauch machen (S. 231 f.).

Die Frage nach der Fassung dieser Formel ist schwer zu beantworten. Wäre freilich richtig, was wir in l. 19 § 2 D. de prec. 43, 26 lesen:

> quum quid precario rogatum est, non solum interdicto possumus sed et incerti condictione, id est praescriptis verbis (Julian.),

so würde sie klar vor Augen liegen; ohne Zweifel ist aber die Stelle entweder bei condictione oder bei id est corrumpirt. Auf die Falschheit von condictione ist man versucht aus l. 2 § 2 de prec. 43, 26 (Ulpian) zu schliessen; hier nämlich behandelt Ulpian dieselbe Frage mit denselben Worten, jedoch mit einem anderen Schluss, in welchem er die anstössige Gleichstellung von condictio und actio praescriptis verbis vermeidet:

> itaque quum quid precario rogatum est, non solum hoc interdicto uti possumus sed etiam praescriptis verbis actione, quae ex bona fide oritur.

---

11) l. 83 § 1 D. de v. o. 45, 1.

12) Vgl. hiezu als letzte Darstellung die Beilage H in Bekkers Actionen Bd. 1 S. 317—351.

Auch nennt Savigny[13]) zwei Handschriften und vier alte Ausgaben, welche in l. 19 § 2 cit. statt condictione vielmehr actione lesen, und er schlägt diese Lesart vor[14]); allein es ist ein schlechtes Zeichen, dass in der Mommsenschen Ausgabe keine einzige Handschrift mit der Lesart actione notirt ist, und ich ziehe deshalb den anderen Ausweg vor: an Stelle von id est mit Bekker[15]) item zu lesen. Es erging nämlich dem Precarium ähnlich wie den (in § 20 zu erörternden) actiones adiecticiae qualitatis; es stand lange Zeit lediglich unter prätorischem Schutz, weil man erst spät erkannte, dass es auf civilistischen Grundlagen (Leistung) aufgebaut werden könne; die ältere Anschauung erklärt das Precarium als Gefälligkeit, die spätere als ein Rechtsgeschäft (negotium)[16]). Die spätere Anschauung fand zunächst ihren Ausdruck in der condictio incerti; im Beginn der Kaiserzeit, wo die Theorie der act. praescriptis verbis entweder aufgestellt oder weiter entwickelt wurde, übertrug man diese Klage auf das Precarium; das Bestreben nach vermehrter Anwendung von materiellen Klagformeln, welches ich oben gerade bei Julian nachgewiesen habe, war auch hier der treibende Factor; es ist nicht zufällig, dass die l. 19 § 2 cit. von Julian herrührt: wie er bei Zurückforderung der Arrha resp. der Zuvielleistung neben der Condictio die act. emti venditi ge-

---

13) System 5, 98 Note o.

14) System 5, 504 Note b.

15) Actionen 1, 110 Note 33.

16) Beide Anschauungen berichtet Paulus in l. 14 D. de prec. 43, 26: magis ad donationes et ad *beneficii causam* quam ad negotii contracti spectat precarii conditio. Ungenau scheint mir die Aeusserung Ulpians in l. 14 § 11 D. de furt. 47, 2: ... simile donato precarium est.

stattet, so übertrug er auf das Precarium neben der Condictio die act. praescriptis verbis.

So müssen wir also bei der Bildung der Formel der cond. incerti diejenige der act. praescriptis verbis völlig bei Seite lassen. Die Schwierigkeit der Aufgabe liegt darin, dass die Quellen uns sehr wenig Bruchstücke der Formel mittheilen. Indem ich dies ausspreche, so verkenne ich nicht das Gewagte meiner Behauptung; ich kann jedoch versichern, einerseits dass ich redlich gesucht habe, andererseits dass ich aufrichtig dankbar sein werde, wenn man mich in diesem Punkte berichtigen sollte. Was ich gefunden habe, ist ungefähr Folgendes:

> l. 26 § 12 D. de cond. ind. 12, 6: . . . sic et in proposito ait posse condici, *quanti operas essem conducturus.*
>
> l. 65 § 7 D. eod.: sic habitatione data pecuniam condicam, non quidem quanti locare potui, sed *quanti tu conducturus fuisses.*
>
> l. 2 § 3 D. de don. 39, 5: . . . praeterea incerti condictione stipulatorem compellam, *ut mihi acceptum faciat stipulationem.*
>
> l. 8 pr. D. de a. e. v. 19, 1: si tibi liberum praedium tradidero, quum serviens tradere deberem, etiam condictio incerti competit mihi, *ut patiaris eam servitutem quam debuit, imponi.*

Stellen wie die obigen lassen sich unzweifelhaft vermehren; Stellen von anderem Typus habe ich nicht gefunden. Nun scheide ich sie in zwei Classen; in den ersten beiden (l. 26 § 12 l. 65 § 7 D. de cond. ind. 12, 6) wird direct ein Formelbestandtheil angegeben; das Klagobject wird derart bezeichnet, dass es unmittelbar in die Intentio eingetragen werden kann; in den letzten beiden (l 2 § 3 D. de don. 39, 5. l. 8 pr. D. de a. e. v. 19, 1) hingegen wird das Klag-

petitum nur allgemein mit «ut» eingeleitet, d. h. nicht als Formelbestandtheil sondern in wissenschaftlicher Fassung.

Die ersten beiden Stellen führen zu einer Intentio mit dare oportere; ihren Grundzügen nach etwa so:

> Si paret, NN^um^ AA^o^, quanti NN^us^ operas AA^i^ conducturus fuisset[17]) dare oportere, tantam pecuniam, iudex, NN^um^ AA^o^ condemna s. n. p. a.
>
> Si paret, NN^um^ AA^o^, quanti NN^us^ habitationem conducturus fuisset, dare oportere, *et rel.*

Die letzten beiden Stellen führen zu einer Intentio mit facere oportere; hier hat Karlowa[18]) eine Formel aufgestellt, die mir billigenswerth erscheint:

> Si paret NN^um^ eam stipulationem, quam AA^us^ ei repromisit, AA^o^ acceptam facere oportere, iudex, NN^um^ AA^o^ quanti ea res erit condemna, s. n. p. a.

Karlowa macht dazu die Bemerkung, dass, während bei der cond. certi und triticaria die Schätzung auf die Zeit der Litiscontestation bezogen wurde, bei der cond. incerti derselbe Grundsatz wie bei bonae fidei obligationes gegolten habe und die Schätzung nach der Zeit des Urtheils erfolgt sei. Eine Begründung hat Karlowa nicht gegeben, und ich muss auch hier die Abstractheit der Klagformel betonen; es kommt auf das Rechtsverhältniss an, welches der Klage zum Grunde liegt; da nun z. B. bei Bereicherungsklagen der Moment der Litiscontestation entscheidend ist, so muss, gleichviel ob die Condictio eine certi, triticaria,

---

[17]) In l. 26 § 12 cit. heisst es zwar esset, aber in dem ähnlichen Fall der l. 65 § 7 steht fuisset, und dieses ist offenbar der Sachlage angemessener, denn erspart ist der *früher* nicht ausgegebene Preis der Dienste resp. der Wohnung.

[18]) Civilpr. zur Zeit der Legisact. S. 240.



incerti ist, die Schätzung nach der Zeit der Litiscontestation erfolgen; danach lautet die Formel nicht immer quanti ea res erit, sondern auch quanti ea res est; in dem Falle der l. 65 § 7 D. de cond. ind. 12, 6 geht die Schätzung sogar auf eine Zeit *vor* dem Process zurück: quanti conducturus *fuisset*.

Ich verfehle nicht zu wiederholen (was ich schon in § 2 berichtete), dass Bekker[19]) zuerst mit Bestimmtheit ausgesprochen hat, dass die sämmtlichen Condictionen «ohne Vorhängsel oder andere verba praescripta, gleich mit dem si paret . . . oportere begonnen haben». Danach hat er die Formel der cond. incerti in folgender Weise construirt:

> si paret N^m A^o (incertum . . .) dare facere oportere, quanti ea res erit, tantam pecuniam N^m A^o condemna s. n. p. a.

Mit dieser stimmen die oben gebildeten drei Formeln bis auf den Umstand überein, dass Bekker die Worte dare facere neben einander stellt, während in meinen Formeln nur eines von beiden Worten (bald dare bald facere) fungirt; sicher hat aber Bekker beide Worte nur in demselben Sinne wie die Römischen Juristen[20]) gebraucht, d. h. in disjunctivem Sinne. Vor Allem lege ich darauf Gewicht, dass auch Bekker das Wort incertum nicht als ständig ansieht sondern dessen Specialisirung in der Intentio verlangt. Wenn nämlich das ständige Wort, wie oben gezeigt, schon bei der *actio* incerti zu argen Verwickelungen führte, so ist es bei der *condictio* incerti völlig unbrauchbar; die *actio* incerti verträgt jenes Wort deshalb, weil sie an der in der Demonstratio mitgetheilten causa debendi eine

---

[19]) Actionen 1, 111 Note 34.

[20]) l. 53 pr. D. de v. s. 50, 16.

feste Grundlage besitzt, so dass sie (wenn auch nicht genügend, so doch halblich) individualisirt und von anderen unterschieden erscheint; die *abstracte* condictio incerti bedarf eines anderen festen Punktes, und dies kann selbstverständlich nur das Processobject sein. Daraus folgt auch, dass die Formulirung der Intentio «quicquid Num Ao dare facere oportet» bei der cond. incerti unmöglich ist[21]); sie gehört entschieden der actio incerti an; wäre es anders, so hätte die oben (§ 4 S. 34 f.) besprochene Gleichstellung der Formel des Darlehns und der cond. indebiti nicht erfolgen können.

Actio incerti und condictio incerti haben übrigens wegen ihrer (objectiven resp. causalen) Unbestimmtheit eine gemeinsame Eigenschaft: bei Feststellung der Rechtskraft muss man bei ihnen auf die Gründe des Erkenntnisses zurückgehen[22]). Damit will ich mich nicht zu der Savignyschen Theorie von der Rechtskraft der Gründe bekennen; auch die Gegner Savignys erklären den Inhalt und das Mass der Entscheidung aus den Erkenntnissgründen; die Erklärung findet aber bei ihnen ihre Grenze in der Entscheidung.

---

[21]) So auch Windscheid, Pand. § 424 Note 2 (der 5. Aufl.); ferner Karlowa a. a. O. S. 238; da er aber die actio ex stipulatu als Condictio ansieht, und jene unzweifelhaft eine mit quicquid beginnende Intentio hat, so statuirte er für diese eine Ausnahme. Savigny (System 5, 605) giebt sogar *jeder* cond. incerti die Intentio quicquid dari fieri oportet.

[22]) Man sehe z. B. l. 20 l. 21 pr. D. de exc. rei iud. 44, 2.

§ 18. Editio actionis.

Nicht von denjenigen Punkten, welche Wieding[1]) erörtert hat, d. h. nicht von dem Zeitpunkt der editio actionis und ihrem Verhältniss zur postulatio und impetratio actionis, will ich handeln sondern von dem Wesen und Inhalt der editio actionis; denn es liegt auf der Hand, dass wir von hier aus Aufschlüsse über die abstracte Natur einer Klage oder über das Gegentheil erhalten müssen.

Die editio actionis wird in l. 1 pr. § 1 de ed. 2, 13 von Ulpian folgendermassen beschrieben:

> qua quisque actione agere volet, eam edere debet; nam aequissimum videtur, eum qui acturus est edere actionem, ut proinde sciat reus, utrum cedere an contendere ultra debeat, et si contendendum putat, veniat instructus ad agendum cognita actione, qua conveniatur. § 1. Edere est copiam describendi facere vel in libello complecti et dare vel dictare. Eum quoque edere Labeo ait, qui producat adversarium suum ad album et demonstret quod dictaturus est, vel id dicendo quo uti velit.

Zweierlei liegt in der Ulpianschen Ausführung: der Inhalt der Edition und ihre legislatorische Rechtfertigung. Den Inhalt erfahren wir aus § 1; danach erfolgt die actionis editio schriftlich oder mündlich; wenn schriftlich, so muss der Kläger den Beklagten das Schriftstück abschreiben lassen oder es ihm übergeben oder es ihm vorlesen[2]); wenn mündlich, so muss

---

1) Libellprocess S. 49 ff.

2) Dies ist wohl die Bedeutung von dictare; die Basiliken übersetzen es mit *ἐπιδεῖξαι τὴν ἀγωγὴν*; vgl. Brissonius v. dictare u. l. 1 § 4 D. quod leg. 43, 3.



er ihn zum album praetoris führen und eine dort vorhandene Klagformel mit Zeichen oder Worten angeben; sagt es Ulpian auch nicht ausdrücklich, so ist es doch selbstverständlich, dass bei der Verweisung auf das Album der Kläger das Klagformular ausfüllen muss; denn er muss nicht bloss eine Klage schlechthin sondern seine concrete Klage benennen. Bethmann-Hollweg[3]) fasst dies dahin auf, dass der Kläger den Grund und Gegenstand seiner Klage so genau bezeichnen müsse, dass darüber kein Zweifel bleibt; das ist sicherlich unrichtig. Die Unrichtigkeit beim Gegenstande ergiebt sich aus der Formel der act. ex stipulatu incerta, deren Demonstratio (auch nach Bethmann-Hollweg) lautet[4]):

quod A^us^ A^us^ a N° N° *incertum* stipulatus est . . .

Die Unrichtigkeit beim Klagegrunde folgt aus der Formel der actiones in rem, welche causa non expressa angestellt werden können. Es kommt eben auf die Art der im Album proponirten Formel an; sie soll ausgefüllt werden, und wenn sie keinen Platz für eine specielle Bezeichnung des Gegenstandes resp. des Klagegrundes hat, so muss das eine oder das andere wegbleiben; dabei hebe ich hervor, dass das Albumformular es niemals zuliess, dass beides (Gegenstand und Klagegrund) unausgefüllt blieb; nur Eines konnte fehlen, und dadurch erhielt die actio edita ihre grössere oder geringere Bestimmtheit. Wenn sich Bethmann-Hollweg (a. a. O. Note 8) noch auf l. 1 § 4 D. de ed. 2, 13 beruft:

edere non videtur, qui stipulationem non edit,

so erkennt er selbst an, dass diese Stelle sich nicht auf die editio actionis sondern auf die editio instru-

---

[3]) Civilpr. 2, 211.

[4]) Vgl. oben S. 225 f.

mentorum bezieht, welche in dem Digestentitel II, 13 zugleich mit der editio actionis behandelt wird. In einzelnen Klagen (namentlich bei entehrenden) war allerdings eine besondere Genauigkeit im Edict vorgeschrieben:

Coll. l. Mos. et Rom. II, 6 § 1: qui autem iniuriarum agit, inquit (sc. Praetor), *certum dicat*, quid iniuriae factum sit et taxationem ponat non maiorem quam quanti vadimonium fuerit[5]).

Gerade solche Ausnahmebestimmungen ergeben, dass im Allgemeinen ein certum dicere nicht erforderlich war.

Mit keinem Wort wird in den Quellen ausdrücklich gesagt, dass die editio actionis die Angabe der causa petendi enthalte; und wenn in meinen früheren Ausführungen mir der Beweis gelungen sein sollte, dass die Condictio eine abstracte Klage ist, so darf ich behaupten, dass die Vorschriften über editio actionis dem nicht zuwider sind.

Hinzuweisen ist auch auf den in den Quellen[6]) mannigfach vorkommenden Ausdruck: edere *genus* actionis; er wäre unerklärlich, wenn es darauf angekommen wäre, den Beklagten mit den Details bekannt zu machen; er stimmt andererseits sehr gut zu dem Satz, dass eine editio actionis schon in dem Hinweis auf das album praetoris enthalten sei.

Aber man wird einwenden, dass der Zweck der editio actionis eine Angabe der Causa erfordere; legislatorisch werde sie von Ulpian damit gerechtfertigt, dass der Verklagte wissen müsse, ob er den Kläger zufriedenstellen oder mit ihm streiten solle, und dass er letzterenfalls vorbereitet zum Streite kom-

---

5) Vgl. noch l. 19 pr. § 4 D. de furt. 47, 2.

6) l. 33 D. de iud. 5, 1; consultatio veteris Icti V, 7.

men müsse; das könne nur dann der Fall sein, wenn er die causa petendi kenne. Hier nun behaupte ich, dass man Gewohnheiten eines modernen Juristen einem Privatmann unterschiebt. Die moderne Juristenanschauung hat es dahin gebracht, dass selbst das in rem agere non expressa causa nach der Reichscivilprocessordnung unzulässig ist; der heutige Jurist verlangt von Anfang an bestimmte Angaben über Gegenstand und Klagegrund; der Privatmann legt sich, wenn ihm der Klagegrund angegeben wird, das Klageobject zurecht, und er weiss, wenn ihm das Klageobject angegeben wird, den Klagegrund zu finden. Die Condictio (auch die incerti) enthielt immer das Klageobject, und der Verklagte war dadurch genügend unterrichtet, um sich zu entscheiden, ob er nachgeben oder streiten solle, und um sich letzterenfalls vertheidigen zu können. Geht doch der Klage fast immer eine aussergerichtliche Verhandlung voran! Ist doch das Rechtsverhältniss, welches zur Klage führt, meistens das einzige unter den streitenden Theilen!

Noch einen Punkt wird man mir vielleicht entgegenhalten. In § 1 habe ich die Condictio mit der in rem actio non expressa causa verglichen; von dieser heisst es ausdrücklich:

> quum in rem ago non expressa causa, ex qua rem meam esse dico; omnes causae una petitione apprehenduntur ...[7])

Paulus stellt in der Stelle die dinglichen Klagen den persönlichen Klagen gegenüber; hätte er nicht der Condictionen gedenken müssen?

Zuvörderst weise ich auf den Rechtsfall des Schauspielers Roscius hin; dort sind entschieden von Einer condictio certi das Darlehn, die Stipulation, der Literal-

---

[7]) l. 14 § 2 D. de exc. r. iud. 44, 2.

contract und die Societät erfasst worden; und es ist kein Grund, jener Condictio eine noch grössere Aufnahmefähigkeit abzusprechen.

Sodann aber habe ich in § 15 ausgeführt, dass die Condictio ihren abstracten Charakter zu Justinians Zeit verloren hat; gesetzt dass Paulus in l. 14 § 2 cit. einen Ausspruch über Condictionen gethan hätte, der sie den act. in rem non expressa causa gleichstellte: er wäre sicherlich von den Compilatoren gestrichen worden. Ich kann nicht beweisen und will deshalb nicht behaupten, dass er einen solchen Ausspruch gethan habe; aber soviel lässt sich behaupten, dass mit den Worten, die er a. a. O. über die persönlichen Klagen äussert, meine Auffassung der Condictio durchaus vereinbar ist; sie lauten:

> actiones in personam ab actionibus in rem hoc differunt, quod quum eadem res ab eodem mihi debeatur, singulas obligationes singulae causae sequuntur nec ulla earum alterius petitione vitiatur.

Das heisst: bestehen zwischen zwei Personen zwei Forderungen auf dieselbe Sache, so ist jede Forderung selbständig, und wird die Eine eingeklagt, so bleibt die Andere davon unberührt. Hinzuzudenken ist, dass wenn der Kläger sich der Condictio bedient, er nicht bloss die eine sondern beide Forderungen einklagt.

§ 19. Die Definitionen der Condictio.

Drei Definitionen sind uns erhalten, die eine von Gaius:

> IV, 5: appellantur autem in rem quidem actiones

vindicationes, in personam vero actiones, quibus dari fierive oportere intendimus, condictiones.

Die andere in den Institutionen Justinians:

IV, 6 § 15: appellamus autem in rem quidem actiones vindicationes, in personam vero actiones, quibus dare facere oportere intenditur, condictiones.

Die dritte von Ulpian:

l. 25 pr. D. de obl. et act. 44, 7: actionum genera sunt duo: in rem quae dicitur vindicatio, et in personam quae condictio appellatur. In rem actio est, per quam rem nostram, quae ab alio possidetur, petimus, et semper adversus eum est, qui rem possidet. In personam actio est, qua cum eo agitur, qui obligatus est nobis ad faciendum aliquid vel dandum, et semper adversus eundem locum habet.

Die Definition von Ulpian steht in entschiedenem Gegensatz zu der von Gaius und in den Institutionen; Ulpian bezeichnet *alle* persönlichen Klagen als Condictionen, Gaius und die Institutionen nur gewisse. Man hat dies dadurch auszugleichen gesucht, dass man der Condictio zwei Bedeutungen beilegte; eine weitere (bei Ulpian) und eine engere (bei Gaius und in den Institutionen); diesen Ausweg halte ich für verfehlt, ich behaupte vielmehr, dass die Ulpiansche Stelle gar keine Rücksichtnahme verdient, weil sie soviel Fehler enthält als Sätze. Im ersten Satze steht die uns Allen unbegreifliche Identificirung von condictio mit in personam actio; im zweiten Satze versteht Ulpian unter in rem actio die rei vindicatio, während doch Gaius 4, 3 und Justinian in §§ 1. 2 I. de act. 4, 6 mit derjenigen Genauigkeit, welche sich bei Behandlung von summae divisiones ziemt, auch die act. confessoria und negatoria erwähnen. Im dritten Satze endlich versteht

Ulpian unter in personam actiones bloss die Contractsklagen (ad faciendum aliquid vel dandum), übersieht also wieder die Gruppe der Delictsklagen, welche sowohl Gaius 4, 2 (Wort: praestare) als die Institutionen IV, 15 § 1 (Worte: vel ex contractu vel ex maleficio, und ferner: dare aut facere oportere *et aliis quibusdam* modis) anführen. Wem nun die Ungenauigkeit in der Ulpianschen Stelle zur Last zu legen ist, ob ihm selbst oder den Compilatoren[1]): das kann dahingestellt bleiben; jedenfalls ist sie derart in die Augen springend, dass die ganze Stelle bei Seite gelassen werden darf.

Die beiden Definitionen bei Gaius und in den Institutionen sind offenbar identisch[2]); ihre Unterschiede sind nur stylistisch; Gaius schreibt passivisch dari fierive, die Institutionen activisch dare facere; Gaius setzte dem fieri das ve hinzu, welches in den Institutionen fehlt, weil es nach der in l. 53 pr. D. de v. s. 50, 16 überlieferten Auslegungsregel sich von selbst versteht[3]).

Durch die Fassung der Intentio bei Gaius und in die Institutionen sind von der Subsumtion unter den Condictionsbegriff ausgeschlossen: die prätorischen Klagen, die Civilklagen in rem, die civilen Delictsklagen, die act. bonae fidei[4]). Für Savigny war dies genügend, da er condictio incerti und actio incerti gleichstellte, die act. ex stipulatu also für eine condictio incerti ansah; soll die Definition mit meinen

---

1) So Savigny, System 5, 593.

2) Ich verstehe es nicht, dass die meisten Schriftsteller einen Unterschied zwischen beiden statuiren.

3) Theophilus hat in seiner Paraphrase die Institutionenstelle missverstanden; er übersetzt sie so, dass es scheint, als erkläre er (wie Ulpian) *alle* persönlichen Klagen für Condictionen.

4) Savigny, System 5, 591.

Ausführungen übereinstimmen, so darf die act. ex stipulatu nicht darunter fallen. Die Intentio der letzteren lautet:

quicquid ob eam rem N^{um} N^{um} A^{o} A^{o} dare facere[5]) oportet (Gai. 4, 136).

Vergleichen wir sie mit den Intentionen der Condictio, die ich früher entwickelt habe, nämlich:

si paret N^{um} A^{o} X dare oportere (cond. certi),

si paret N^{um} A^{o} servum Stichum dare oportere (cond. triticaria),

si paret N^{um} N^{um} A^{o} A^{o} quanti N^{us} operas A^{i} conducturus fuisset dare oportere ...

si paret N^{um} N^{um} eam stipulationem, quam A^{us} A^{us} ei repromisit, A^{o} A^{o} acceptam facere oportere ...

} Cond. incerti

Die Unterschiede zwischen den beiden Intentionen sind:

1. Die der act. ex stipulatu geht auf quicquid, die der Condictio enthält entweder certa pecunia oder alia certa res oder endlich zwar ein incertum, das aber so kenntlich gemacht ist, dass es nicht mehr einer Feststellung sondern bloss noch einer Abschätzung bedarf[6]).

2. Die der act. ex stipulatu bezieht sich in den Worten ob eam rem auf eine Causa, in der Condictio fehlen diese Worte.

Ich will zugeben, dass der erste Unterschied nicht derartig ist, um die Intentio der act. ex stipulatu von der Definition der Condictio auszunehmen[7]); ein Ob-

---

5) Von den specialisirten Arten des facere muss ich absehen, wie auch Gaius resp. die Institutionen es thun; siehe Bekker, Actionen 1, 142 Note 20.

6) Vgl. hiezu S. 230 ff.

7) Anders Hasse im Rhein. Museum 6, 84.

ject muss jede Intentio enthalten, und wenn es in der Definition unerwähnt gelassen wird, so kann dies nur die Bedeutung haben, dass es gleichgiltig für das Wesen der Definition ist.

Anders verhält es sich mit dem zweiten Unterschied; eine Causa braucht nicht jede Intentio einer act. in personam zu enthalten; und wenn die Definition ihrer nicht gedenkt, so ist dies absichtlich geschehen; es soll damit gesagt werden, es dürfe keine Causa in der Intentio stehen. Ich betrachte daher die Definition von Gaius und in den Institutionen völlig im Einklang mit meiner Darstellung der Condictio; und ich füge zur Unterstützung hinzu, dass Gaius auch an den zwei anderen Stellen des vierten Buchs, wo er von der Condictio certi resp. triticaria definitionsweise spricht, die Causa übergeht:

> IV, 18: nunc vero non proprie condictionem dicimus actionem in personam esse, qua intendimus, *dari nobis oportere.*
>
> IV, 33 . . . sive pecuniam sive rem aliquam certam debitam nobis petamus, *eam ipsam dari nobis oportere* intendimus.

§ 20. Die Condictio in Concurrenz mit act. adiecticiae qualitatis.

Dass Condictionen neben den prätorischen act. adiecticiae qualitatis Anwendung finden, ist eine in den Quellen mehrfach bezeugte Thatsache. Ihre Concurrenz hat längst die Aufmerksamkeit der Romanisten erregt, namentlich die der neueren Zeit, welche durch Savigny gewöhnt waren, die Condictio als Klage bei

Vermögensvergrösserungen anzusehen — wovon doch bei jenen mit adjecticischen Klagen concurrirenden Condictionen nicht die Spur ist. Mein Interesse an diesem Anwendungsfalle der Condictio ist ein doppeltes; einmal bestätigt er meine Behauptung, dass die Condictio allüberall bei persönlichen Ansprüchen Anwendung findet; sodann aber legt er mir die Verpflichtung auf, zu zeigen, wie aus einem *prätorischen* Grunde eine Condictio habe entstehen können.

Die fraglichen Stellen sind folgende:

> § 8 I. quod cum eo 4, 7: Illud in summa admonendi sumus, id quod iussu patris dominive contractum fuerit quodque in rem eius versum erit, directo quoque posse a patre dominove condici, tamquam si principaliter cum ipso negotium gestum esset. Ei quoque, qui vel exercitoria vel institoria actione tenetur, directo posse condici placet, quia huius quoque iussu contractum intelligitur.
>
> l. 17 §§ 4. 5 D. de inst. act. 14, 3: Proculus ait, si denuntiavero tibi, ne servo a me praeposito crederes, exceptionem dandam: si ille illi non denuntiaverit, ne illi servo crederet. Sed si ex eo contractu peculium habeat aut in rem meam versum sit, nec velim quo locupletior sim solvere, replicari de dolo malo oportet; nam videri me dolum malum facere, qui ex aliena iactura lucrum quaeram. Ex hac causa etiam condici posse verum est.
>
> l. 29 D. de reb. cr. 12, 21: si institorem servum dominus habuerit, posse dici Julianus ait, etiam condici ei posse, quasi iussu eius contrahatur, a quo praepositus sit.

Die verschiedenen Meinungen sind zuerst von

Chambon[1]), später von Mandry[2]) gesammelt worden; es lassen sich zwei Hauptrichtungen unterscheiden; die Einen sehen in dieser Condictio eine generell d. h. bei den verschiedensten obligatorischen Causae anwendbare Klage (so unter den Neueren Schrader, Ruhstrat, Dietzel, Bekker, Pernice), die Anderen lassen sie nur dort zu, wo die angeblichen besonderen Voraussetzungen der Condictio vorhanden sind (so Savigny, Chambon, Mandry).

Ich beschäftige mich zunächst mit der zweiten Meinung. Savigny[3]) erachtet die Condictio nur bei Gelddarlehnen, welche ein Haussohn oder ein Sclave aufgenommen hat, begründet, Chambon[4]) bei grundlosen Vermögenserweiterungen des Gewalthabers durch diese Personen, Mandry[5]) verbindet beides und geht darüber hinaus, indem er den Satz aufstellt, dass die *directe* Klage des Geschäftsgläubigers des Hauskindes gegen den Hausvater dann stets stattfindet, wenn das negotium filii nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen auch in der Person des Hausvaters eine causa obligatoria vermittelt.

Es lässt sich nachweisen, dass die zweite Meinung in allen ihren Schattirungen unhaltbar ist.

Wie hat man sich die act. adiecticiae qualitatis zu denken? Man ist darüber einig, dass sie keine selbständige Klage sondern die Modification einer Klage ist; die gegen die vertretende Person gegebene Klage wird so zugerichtet, dass sie gegen den Vertretenen zulässig ist; daher in den Quellen wiederholentlich

---

[1]) Beiträge zum Obl. R. S. 259 ff.
[2]) Das gemeine Familiengüterrecht 2, 326 f. Note 3.
[3]) Obl. R. 2, 34.
[4]) Beitr. zum Obl. R. S. 265 ff.
[5]) Familiengüterrecht 2, 327, namentlich 338—342.

die zugerichtete Klage mit dem Zusatz, der ihre adjecticische Qualität andeutet, erwähnt wird[6]: de peculio actio aedilicia competit, redhibitoria in peculium competit, locati actio de peculio competit, de peculio actione mandati praestatur.

Dies vorausgeschickt, so ist es klar, dass wenn eine gewaltunterworfene Person ein Darlehn contrahirt oder eine grundlose Vermögenserweiterung herbeiführt, von vornherein die Klage eine Condictio ist, welche gegen den Gewalthaber als adjecticische zu geben ist. Diese Condictio concurrirt aber nicht mit einer davon verschiedenen act. adiect. qual., sie wird, wie ich soeben bemerkte, selbst als adjecticische Klage gegeben; die Quellen heben aber als etwas Besonderes die *Concurrenz* von Condictio und adjecticischer Klage hervor. Nun könnten die Gegner ihrer Meinung die Wendung geben, dass gerade darin die Eigenthümlichkeit bestehe, dass in unserem Falle die Condictio nicht als adjecticische sondern als directe Klage angestellt werden könne; sie haben aber dies sämmtlich unterlassen, und zwar offenbar deshalb, weil in den oben angeführten Quellenstellen auch nicht der geringste Anhalt dafür vorhanden ist.

Nach diesen Stellen ist die Differenz eine viel grössere; es muss die Condictio in einem weiten Umfang zulässig sein. Das ist denn auch die Ansicht der Schriftsteller, welche der ersten Meinung anhängen. Allein einige derselben (Schrader, Dietzel) gehen über die eigentliche Schwierigkeit hinweg; wie kann (das ist doch die Frage) in Fällen *prätorischer* Ansprüche eine Condictio stattfinden? Darauf antworten Schrader, Dietzel und Ruhstrat überhaupt nicht; denn Schrader[7])

[6]) Keller, Litiscontestation S. 425; Mandry a. a. O. 2, 254.
[7]) Comm. ad Inst. h. l. (pag. 681).

begnügt sich mit der Bemerkung, dass wahrscheinlich die Condictio ursprünglich nur in wenigen Fällen zulässig war, und dass dies zur Einführung der prätorischen Klagen führte, welche blieben, als die Zulässigkeit der Condictio wuchs; Dietzel[8]) meint, dass, wie der Hausvater direct berechtigt wird, er auch direct aus den Geschäften seines Hauskindes verpflichtet werden solle, wenn nur objectiv eine adiecticia qualitas vorhanden war — ein Satz, der doch den Umsturz der ganzen Stellvertretungslehre enthält; Ruhstrat[9]) glaubt die Condictio sei eingeführt worden, um die mit der Anstellung der act. adi. qualit. verbundene Doppelconsumtion der Klage (sowohl gegen den Beklagten als gegen den Nichtbeklagten) zu vermeiden; allein über die Berechtigung, aus prätorischen Ansprüchen eine civile Klage anzustellen, hat auch er sich nicht ausgesprochen. Dies haben allein Bekker und Pernice gethan. Bekkers[10]) Gründe kann ich freilich nicht anerkennen; er meint, allmählich seien gewisse Sätze der Aequitas, welche früher von den Prätoren ausschliesslich vertreten waren, jedem Geschworenen bekannt geworden; «der si paret dari oportere befragte Richter konnte jetzt dreist sein paret sprechen, da nicht bloss sein Rechtsgefühl für die Verhaftung der Väter und Herren unter den bekannten Voraussetzungen sprach, sondern er dieselben auch schon oft genug aus prätorischer Action hatte verurtheilen sehen». Zu welchen Consequenzen führt eine solche Deduction! In überraschender Schnelligkeit werden durch sie prätorische Rechtssätze in civile umgewandelt, während doch lange nach dem Aufhören

---

8) Das sct. Maced. S. 68 f.
9) Ueber Savignys L. v. d. Stellvertr. S. 40 f.
10) Actionen 2, 124.

der prätorischen Thätigkeit in der Kaisergesetzgebung der Gegensatz der civilen und prätorischen Rechtssätze festgehalten wird. Warum wird denn die Condictio bloss bei den adjecticischen Klagen als Seitenstück erwähnt, warum nicht bei den übrigen prätorischen Klagen, von denen manche ebenso im täglichen Gebrauch waren wie jene?

Pernice[11]) verweist auf das civilrechtliche Institut des iussus, und ich glaube, er hat das Richtige getroffen; denn fast in allen oben angeführten Quellenstellen wird die Condictio auf den iussus zurückgeführt. Zunächst im § 8 I. quod cum eo 4, 7; zwar wird hier im Anfang der Stelle neben dem iussus auch die in rem versio erwähnt (und dieser Fall wird natürlich durch Bezugnahme auf den iussus nicht erklärt), aber im weiteren Fortgange der Stelle wird die Condictio, sofern sie neben der act. institoria und exercitoria stattfindet, ausdrücklich auf den in der Präpositio liegenden Jussus zurückgeführt. Das Gleiche geschieht Seitens Paulus' in der oben citirten l. 29 D. de r. cr. 12, 1, und wenn derselbe Paulus in l. 17 § 5 D. de inst. act. 14, 3 des Jussus nicht gedenkt, so findet dies darin seine Erklärung, dass er dort die Zulässigkeit der Condictio überhaupt nicht begründet, sondern bloss constatirt. Dies vorausgeschickt, so ist unbestritten, dass der Jussus bei mehreren civilrechtlichen Instituten anerkannt ist: bei der Erbeseinsetzung eines Hauskindes oder Sclaven und bei der Delegation[12]).

---

[11]) Labeo 1, 504 ff.

[12]) Pernice (Labeo 1, 510) führt auch die fideiussio an; bereits ist ihm Mandry (Familiengüterrecht 2, 568 f.) mit guten Gründen entgegengetreten. Dahingegen verdient hervorgehoben zu werden, dass der Jussus auch als Ermächtigung zu reinen Thathandlungen vorkommt: l. 51 D. de poss. 41, 2. l. 6 D. de stip. serv. 45, 3; Pernice a. a. O. S. 513.

Die Erbeseinsetzung eines Hauskindes oder Sclaven giebt nicht dem Gewalthaber die Befugniss, die Erbschaft anzutreten; nur der Eingesetzte kann antreten, bedarf aber dazu (— wegen der möglicherweise in der Erbschaft steckenden Schulden[13] —) der Ermächtigung (iussus) seines Gewalthabers. Die Delegation in ihrer doppelten Gestalt als Zahlungsanweisung wie als Creditanweisung beruht auf einem Jussus, und seine Ausführung äussert directe Einwirkung auf das Vermögen des Anweisenden: quod iussu alterius solvitur, pro eo est, quasi ipsi solutum esset[14]). Es ist hier nicht der Ort, das Verhalten von iussus und mandatum, die Annäherung des einen an das andere zu untersuchen[15]); hier genügt die Constatirung, dass der Jussus ein civilrechtlicher Begriff ist, und dass er demgemäss die Intentio auf dare und auf dare facere oportere rechtfertigt. Wenn demnach in den oben angeführten Stellen neben den vom Prätor eingeführten actiones adiecticiae qualitatis die Condictio als concurrirende Klage aufgeführt wird, so liegt darin keine Anomalie.

Mandry[16]) ist der Auffassung entgegengetreten, dass der Jussus schon nach Civilrecht die Kraft gehabt habe, eine Verpflichtung des Jubenten zu erzeugen. Mandry opponirt zunächst der in unserer Zeit sich immer mehr verbreitenden Anschauung, wonach der Jussus als Verpflichtungserklärung des Jubenten aufgefasst wird; er sieht im Jussus eine «das

---

13) l. 6 pr. D. de acq. her. 29, 2.

14) l. 180 D. de reg. iur. 50, 17.

15) Darüber vgl. Salpius, Novation und Delegation S. 49 ff., Windscheid, Pand. § 412 Note 8a (5. Aufl.), Witte in der krit. Viertelj. 8, 450 ff., Pernice, Labeo, 1, 509. Drechsler, die act. quod iussu. Mandry, Familiengüterrecht 2, 575 ff.

16) Familiengüterrecht 2, 554 ff., namentlich 566 f.

von dem Anderen vorzunehmende Geschäft ermächtigende Willenserklärung». Windscheid[17]) behauptet nun zwar, dass der Unterschied zwischen der herrschenden und der Mandryschen Erklärung ein minimaler sei; es will mir indess scheinen, dass in der Auffassung des Jussus als Verpflichtungserklärung noch ein Rest jener naturrechtlichen Anschauung steckt, welche eine Verpflichtung *regelmässig* nicht anders als aus dem Willen des Verpflichteten abzuleiten vermochte; der Jussus ist nicht direct auf Selbstverpflichtung sondern auf die Vornahme des Geschäfts gerichtet; er ist deshalb bei Erbschaften, die einer gewaltunterworfenen Person zufallen, auch dann nöthig, wenn der Nachlass aus reinen Activa besteht; die Verpflichtung ist erst eine Folge der Ermächtigung, sie kann eintreten, sie muss es aber nicht; so in dem obenerwähnten Erbschaftsfalle, so ferner wenn das in Folge des Jussus abgeschlossene Geschäft *im Momente des Abschlusses* erfüllt wird. Bis hieher stehe ich also auf Seiten Mandrys. Seine weitere Polemik hingegen kann ich nicht billigen; er leugnet, dass schon nach Civilrecht aus dem Jussus eine Verpflichtung des Jubenten gegenüber demjenigen, cui iussum est, entsprungen sei; seine Argumente sind im Wesentlichen zwei: wie konnte neben der Civilklage ex iussu die prätorische actio quod iussu entstehen? Lässt sich ferner annehmen, dass die Römische Jurisprudenz, nachdem im Zusammenhang mit jener Civilklage der Begriff der unmittelbaren Stellvertretung in contrahendo praktisch geworden war, solchen wieder aufgegeben haben sollte, um die erwünschten und nothwendigen Resultate derselben auf weiten Umwegen anzustreben?

---

17) Pand. § 481 Note 6.

Das erste Argument hat bereits Pernice[18]) anticipirt, nicht aber widerlegt. «Der eigentliche civile Jussus (so schreibt er) gab nur die Möglichkeit unmittelbarer Stellvertretung, die act. quod iussu lässt thatsächlich zunächst den Sohn haften und giebt nur dem Gläubiger die Gewähr, dass diesem die Mittel zur Zahlung vom Hausherrn nicht entzogen werden.» Diese Ausführung passt auf die actio de peculio, nicht aber auf die quod iussu; dort hat der Sohn väterliches Vermögen in Händen, das ihm jeden Augenblick entzogen werden kann, hier hat er es nicht. — Ich weise darauf hin, dass so alt auch der Jussus ist, das Römische Recht doch niemals zu einer principiellen Auffassung dieses Begriffes gelangt ist; immer ist er nur in einzelnen Anwendungsfällen entwickelt worden; eine einheitliche Zusammenfassung derselben und ihre Zurückführung auf ein Princip ist in den Quellen nicht sichtbar; bei solcher Sachlage ist es nicht auffallend, wenn derjenige Jussusfall, aus welchem eine obligatorische Verpflichtung abgeleitet wird, dem ältesten Civilrecht unbekannt war, der Prätor ergänzte die Lücke durch Aufstellung der actio quod iussu, und erst später ward man sich bewusst, dass schon aus dem Civilrecht eine klagbare Verpflichtung sich ergebe; dieses «später» trat übrigens schon zu Labeos Zeiten ein, er hat denn auch sofort die Consequenz des neuen Gedankens gezogen, indem er den Satz aufstellte, dass es für die Haftung aus dem Jussus gleichgiltig sei, ob es sich um eine gewaltunterworfene oder gewaltfreie Person handle:

l. 84 D. pro soc. 17, 2: quoties iussu alicuius vel cum filio eius *vel cum extraneo* societas coitur,

---

18) Labeo 1, 514.

directo cum illius persona agi posse, cuius persona in contrahenda societate spectata sit.

Sicherlich gilt diese Ausführung gegenüber dem zweiten Mandryschen Argument; erst in classischer Zeit erkannte man, dass in der Anstellung des Institor resp. Magister ein Jussus enthalten sei. Folgendes mag zur Erklärung hinzugefügt werden. Die Civilklage auf Grund des Jussus hat lediglich darin eine innere Berechtigung, dass der Jussus eine Vollmacht ist, welche direct an den dritten Contrahenten ergangen ist; denn nur dann lässt sich behaupten (was wiederholentlich in den Quellen hervorgehoben wird[19]), dass der Dritte zu dem Jubenten in directe Beziehung getreten sei; erst allmählich erstand die Erkenntniss, dass in dem Jussus an die eine Person zugleich ein Jussus an Dritte enthalten sein könne[20]); diese Erkenntniss mochte bei der Präpositio eines Institor oder Magister am frühesten entstehen; denn obgleich dieselbe zunächst als juristischer Act zwischen dem Geschäftsherrn und dem Angestellten perficirt wird, so hat sie nothgedrungen eine Beziehung auf die Oeffentlichkeit, und enthält selbstverständlich die Ermächtigung an das «Publicum», mit dem Angestellten zu contrahiren; erst von diesem Augenblicke an war die Condictio als concurrirende Klage der act. institoria und exercitoria gerechtfertigt. Es ist, wie Bekker[21]) bemerkt, das Verdienst Julians, in der praepositio institoris den Jussus erkannt zu haben. Nunmehr ist klar, warum die Con-

---

19) l. 84 D. pro soc. 17, 2; l. 1 pr. D. quod iussu 15, 4.

20) l. 5 § 2 D. de in rem verso 15, 3; l. 10 § 2 D. de fidei. 46, 1; vgl. noch Windscheid, Pand. § 482 Note 6.

21) Actionen 1, 155 Note 69 auf Grund der l. 29 D. de r. cr. 12, 1.

dictio nicht mit der act. de peculio concurrirt[22]); Savigny[23]) motivirte dies damit, dass, wenn der Haussohn ein Darlehn aufgenommen habe (— und nur für Darlehne lässt Savigny die Condictio gelten —), die exc. scti Macedoniani der act. de peculio entgegenstehe; allein diese Ausführung ist aus doppeltem Grunde unrichtig: einmal weil auch ein Sclave ein Darlehn aufnehmen kann, und sodann weil selbst der Haussohn unter gewissen Umständen ein vollgültiges Darlehn contrahirt. Die richtige Erklärung ist vielmehr, dass in der concessio peculii regelmässig kein Jussus enthalten ist; nur ausnahmsweise kann der Jussus hinzutreten z. B. wenn der Sohn mit Wissen des Vaters das Peculium zu einem Handelsgeschäft verwendet[24]).

Es ist schon oben hervorgehoben worden, dass die Condictio auch mit der act. de in rem verso concurrirt; ihre innere Begründung liegt auf der Hand: die Bereicherung ist ein civiler Verpflichtungsgrund; zum Ueberfluss hebt Ulpian sofort bei Behandlung der act. de in rem verso die *directe* Beziehung zwischen den Parteien hervor:

> l. 1 pr. D. de in rem verso 15, 3: Tenentur, si in rem eorum quod acceptum est conversum sit, *quasi cum ipsis potius contractum videatur*.

Auf einen Umstand mache ich zum Schluss aufmerksam. Sämmtliche oben angeführte Stellen unterscheiden nicht zwischen den verschiedenen Arten der Condictio, und so ergiebt sich das Resultat, dass der Vertretene mit der cond. certi, triticaria und incerti

---

22) Der oben citirte § 8 I. quod cum eo 4, 7 übergeht die letztere Klage.

23) Obl. Recht 2, 35 Note cc.

24) cf. l. 7 § 11 D. ad sct. Mac. 14, 6.

belangt werden kann. Auch Keller nimmt dies an[25]). In der That würde eine Unterscheidung ohne allen inneren Grund sein; jene drei Condictionenspecies gehen von den verschiedenen Objecten aus, für den Jussus aber resp. für die Bereicherung ist das Object gleichgiltig. Bei bonae fidei negotia, die ja sämmtlich auf incertum gerichtet sind, wird demgemäss gegen den Vertretenen die cond. incerti angestellt werden; sie geht, wie die act. adiect. qual., an deren Stelle sie tritt, auf Erfüllung; daher heisst es im § 8 I. cit.: id quod *contractum* fuerit directo posse condici. Und so ist der Beweis geführt, dass die Condictio bei bonae fidei negotia gerade so sehr in Anwendung kommen kann wie bei stricti iuris negotia.

§ 21. Die Condictio der cautio usufructuaria.

Ich knüpfe hieran die Condictio der cautio usufructuaria; von ihr heisst es einerseits, dass sie condicirt werden kann sowohl beim wahren Ususfructus:

> l. 7 pr. D. usufr. quemadm. cav. 7, 9: et si ususfructus nomine re tradita satisdatum non fuerit, Proculus ait, posse heredem rem vindicare, et si obiiciatur exceptio de re ususfructus nomine tradita, replicandum erit; quae sententia habet rationem, *sed et ipsa stipulatio condici poterit.*

als auch beim Quasiususfructus:

> l. 5 § 1 D. de usufr. ear. rer. 7, 5: si pecuniae sit ususfructus legatus vel aliarum rerum, quae in abusu consistunt, nec cautio interveniat, videndum, finito usufructu an pecunia, quae data sit,

---

25) Civilpr. § 88 Note 1107 a. E. der 5. Ausg.

vel ceterae res, quae in absumtione sunt, condici possint. Sed si quidem adhuc constante usufructu cautionem quis velit condicere, dici potest, *omissam cautionem posse condici incerti condictione*...

andererseits steht fest, dass die Cautionspflicht dem prätorischen Edict entstammt[1]). Donellus[2]) wagte die Behauptung, dass nicht die Caution sondern die res usufructuaria zu condiciren sei, und dass der Beklagte durch Stellung der Caution seine Freisprechung bewirke[3]); diese Behauptung ist einerseits gegen den klaren Wortlaut der oben abgedruckten Stellen, andererseits ist sie beim wahren Ususfructus schlechthin undenkbar, da hier die res usufructuaria nicht condicirt sondern vindicirt werden müsste, wie l. 7 pr. cit. ausdrücklich bestätigt.

Es giebt zwei andere Stellen, welche einen Rückschluss hinsichtlich der condictio cautionis usufructuariae gestatten; es sind l. 9 § 4 D. ad exh. 10, 4 und l. 1 § 17 D. ut leg. 36, 3, in welchen beiden Ulpian denselben Fall nach Marcellus behandelt. Es ist Jemandem das Eigenthum an zehn Geldstücken sub conditione legirt worden, einem Anderen ebendaran der Niessbrauch pure; der Erbe hat die Geldstücke dem Usufructuar ausgehändigt, ohne sich von ihm die Caution bestellen zu lassen; später ist die Bedingung erfüllt worden; wie ist dem Eigenthumslegatar zu helfen? Die Juristen erklären, er hätte sich von dem Erben cautio legatorum servandorum bestellen lassen sollen; habe er dies unterlassen, und habe der Erbe

---

1) l. 1 pr. l. 5 § 1 D. usufr. quemadm. cav. 7, 9.

2) Comm. lib. 10 c. 4 § 16.

3) So ist es in dem Falle der prätorischen Caution, wenn die Anwendung der l. Falcidia zweifelhaft ist: l. 3 § 10 D. si cui plus 35, 3.

in Kenntniss des Eigenthumslegats die Geldstücke an den Usufructuar ausgehändigt, so hafte der letztere mit der act. ad exhib., denn er habe einen Dolus begangen, als er dem Usufructuar die Geldstücke ohne Caution aushändigte; habe er aber in Unkenntniss des Eigenthumslegats die Aushändigung der Geldstücke vorgenommen, so sei dem Eigenthumslegatar eine act. in factum gegen den Usufructuar zu geben. Wenn die condictio cautionis allgemein wäre, wie konnten die Juristen zur act. in factum rathen? Die Ansprüche des Eigenthumslegatars sind doppelt: er hat als solcher den halben Ususfructus[4]), und deshalb muss ihm der Usufructuar fünf Geldstücke zahlen, er hat sodann wegen der zweiten Hälfte der Geldstücke den Cautionsanspruch; wie konnten die Juristen beide Ansprüche in Einer act. in factum verbinden, wenn für den Einen Anspruch bereits eine Klage, die condictio stipulationis, existirt hätte? Elvers[5]) hat daraus gefolgert, dass die Condictio nur in gewissen Fällen, nur unter besonderen Verhältnissen zulässig ist. Er unterscheidet, ob der Usufructuar die Sache direct vom Cautionsberechtigten oder von einem Anderen erhalten hat; im letzteren Fall (und von ihm handeln l. 9 § 4 und l. 1 § 17 citt.) sei die Condiction unzulässig; im ersteren Fall liege ein Innominatcontract vor: der Cautionsberechtigte leiste um einer Gegenleistung (der Caution) halber, und könne deshalb mit der act. praescriptis verbis die Caution einfordern; diese Klage sei mit der condictio gemeint, es sei eine Condictio im weiteren Sinne. Den Elversschen Grundgedanken halte ich für richtig, seine Ausführung für

---

[4]) l. 19 l. 26 § 1 D. de usu et usufr. 33, 2. l. 4 D. de usufr. accr. 7, 2.

[5]) Servitutenlehre S. 565 f.

fehlerhaft. Wenn der Eigenthümer die Sache dem Usufructuar freiwillig hingiebt, so geschieht dies (im Hinblick aufs prätorische Edict) mit der stillschweigenden *Auflage* der Cautionsstellung; nicht um einen Innominatcontract, nicht um eine Gegenleistung handelt es sich, sondern um eine lex rei suae dicta, um einen Modus; nun kann zwar die Erfüllung des Modus mit der act. praescriptis verbis verlangt werden[6]); aber da die lex rei dicta den Usufructuar zur Cautionsstellung nach Civilrecht verpflichtet, und da die cond. incerti auf dare facere oportere gerichtet ist, so steht nichts der Anstellung der cond. incerti entgegen. Es ist derselbe Fall wie beim Precarium, wo eben sosehr die cond. incerti wie die act. praescr. verbis zulässig ist (S. 228 f.). In dem Marcellus-Ulpianschen Falle war der Erbe bis zur Erfüllung der Bedingung berechtigt, die Caution zu condiciren, seit Erfüllung der Bedingung ist er es nicht mehr, da ihm jedes Interesse fehlt; ebenso wenig aber ist es der Eigenthumslegatar, weil nicht er die Geldstücke dem Usufructuar hingegeben hat; eben, weil er nicht condictionsberechtigt ist, wird ihm eine act. in factum gegeben, sonst würde die Vorschrift des Edicts, wonach jeder Usufructuar cautionspflichtig ist, unausgeführt bleiben.

§ 22. Die actio rerum amotarum.

Rerum amotarum condictio est. Dieser Ausspruch der l. 26 D. de act. rer. am. 25, 2 wäre geeignet, über das Wesen der Condictionen ein helles Licht zu verbreiten, wenn das Wesen der rerum amotarum actio selbst von uns erkannt wäre; so wie die Sache jetzt

[6]) l. 9 l. 22 C. de don. 8, 54; l. 8 C. de rer. perm. 4, 64.

liegt, werden dieselben Factoren beides; d. h. die Condictio und die act. rer. amot. erklären müssen.

Fest steht, dass zwischen gewesenen Eheleuten wegen Entwendungen während der Ehe keine act. furti zulässig ist, sei es (wie einige Römer meinten) weil ein Diebstahl undenkbar sei, oder (wie Andere meinten), weil die Ehe die Entstehung einer famosen Klage verhindere. Nun ist aber in neuerer Zeit die Frage aufgeworfen worden, warum denn nicht unter den gewesenen Ehegatten die cond. furtiva gegeben worden sei, die doch nicht infamirend wirke; und man hat darauf geantwortet, dass die act. rerum amotarum älter sei als die cond. furtiva; wäre die cond. furtiva schon früher im Gebrauch gewesen, so würde die act. rer. amot. nicht eingeführt worden sein, denn beide ergeben dasselbe Resultat [1]).

Mir scheint diese Argumentation unhaltbar; die act. rerum amotarum kann nicht älter als der Beginn der Kaiserzeit sein, da ihre Einführung von dem (oben erwähnten) Streit herrührt, der unter Juristen der beginnenden Kaiserzeit herrschte [2]); die cond. furtiva hingegen gehört schon dem republicanischen Recht an [3]). Man findet eine Antwort auf die aufgeworfene Frage nur vom Standpunkte derjenigen Auffassung aus, die ich bezüglich der Condictio überhaupt und bezüglich der cond. furtiva insbesondere vertrete. Die cond. furtiva ist keine Klage, die man sich vom Prätor mit dem Bemerken erbittet, dass man bestohlen sei; würde

---

[1]) Windscheid, Pand. § 454. Czyhlarz, Dotalrecht S. 348 f. Note 5.

[2]) l. 1 D. de rer. am. act. 25, 2. Auch Atilicinus (l. 6 pr. eod.) ist gleichzeitig, Fulcinius später.

[3]) l. 20 D. de cond. furt. 13, 1; l. 2 § 27 D. vi bon. rapt. 47, 8; das hier behandelte Edict ist das des Prätor M. Lucullus von 678.

Jemand sie sich in dieser Weise erbitten, so würde der Prätor sie ihm abschlagen müssen; demgemäss kann auch der Prätor den Ehegatten, der vom anderen bestohlen zu sein erklärt, nicht auf die Condictio verweisen, er würde ihn auf eine unrichtige Klage verweisen, und es ziemt sich nicht, dass der Prätor von vornherein eine unrichtige Klage gestatte; bloss das gilt als geziemend, dass, wenn die unrichtige Klage angestellt ist, der Geschworene hinterher den Irrthum verzeihe: quo magis pluribus actionibus fures teneantur. Gerade weil die cond. furtiva bereits existirte, so erklärt sich die Einführung der act. rer. am. Gegenüber dem Streite unter den Juristen erklärte nämlich der Prätor, dass er die act. furti unter den geschiedenen Gatten nicht zulassen werde; er durfte sich aber nicht rein negativ verhalten; er konnte nicht auf die rei vindicatio verweisen, weil die cond. furtiva mehrere Delictselemente vor jener Klage voraushatte; er durfte nicht auf die cond. furtiva verweisen, weil dies eine juristisch fehlerhafte Klage war; so musste er also eine neue fehlerlose Klage schaffen, die sich wie die cond. furtiva durch Delictselemente vor der rei vindicatio auszeichnete, das ist die act. rer. amotarum. Dass bei der Neuschöpfung die cond. furtiva zum Muster diente, ist deutlich zu sehen; die Delictselemente der letzteren waren, wie ich oben (S. 74 f.) gezeigt, doppelter Art: einmal der Grundsatz, dass der Dieb von Anfang an den Casus trägt, und sodann der Grundsatz, dass Mehrere solidarisch ohne Rücksicht auf den Besitz des gestohlenen Gutes haften. Davon ist der erste Grundsatz in den Worten der l. 17 § 2 h. t. bezeugt:

> non solum eas res, quae exstant, in rerum amotarum iudicium venire Julianus ait, *verum etiam eas, quae in rerum natura esse desierunt* . . .

Der zweite Grundsatz passte nicht auf Entwendungen unter Ehegatten; der Prätor substituirte ihm einen anderen, nämlich dass auch derjenige Ehegatte hafte, welcher der intellectuelle Urheber des Diebstahls oder Gehilfe sei[4]). Sodann führte der Prätor eine besondere Eidesnorm ein, falls Kläger in iure den Eid deferirte; der Kläger brauchte nicht bestimmte Sachen anzugeben, die er vermisse, er konnte den Eid verlangen: *nihil* divortii causa amotum esse[5]). Der zugeschobene Eid konnte nicht referirt werden[6]), was gegen die allgemeine Regel ist[7]). Sicherlich beruhte Alles dies auf besonderer Edictsvorschrift; denn wiederholentlich wird gerade bei dem Eide in unserer Klage das prätorische Edict erwähnt[8]).

Durch diese Punkte unterschied sich die Klage von der cond. furtiva. Im Uebrigen hielt die classische Jurisprudenz daran fest, dass sie den Ersatz für die cond. furtiva bilde, und sie übertrug auf sie die Grundsätze von der Dauer der Klage, von der Schätzung, von der Haftung der Erben[9]); wenn in letzterer Be-

---

4) l. 19 l. 20 l. 21 § 1 D. h. t. 25, 2. Bekanntlich behaupten Einige den gleichen Grundsatz beim gewöhnlichen Diebstahl (namentlich Windscheid, Pand. § 453 N. 4. 5), indem sie einen Widerstreit zwischen l. 6 D. de cond. furt. 13, 1 und l. 53 § 2 D. de v. s. 50, 16 annehmen, und der letzteren den Vorzug geben. Indess existirt jene Antinomie nicht; l. 53 § 2 cit. redet von einem qui ope furtum *facit,* l. 6 cit. von dem Fall dass ope consilio alicuius furtum *factum est*, und das ist nicht dasselbe; qui ope furtum facit ist ein Mitthäter, cuius ope consilio furtum factum est ist ein Rathgeber resp. ein Gehilfe. Vgl. jetzt noch Cohn, Beiträge 2, 1—40.

5) l. 11 § 1 D. ht. 25, 2.

6) l. 13 D. h. t. 25, 2.

7) l. 38 D. de iurei. 12, 2.

8) l. 11 § 3. l. 13 D. ht. 25, 2.

9) l. 21 § 5 l. 29 l. 6 § 4 D. h. t. 25, 2.

ziehung nach einem Diocletianischen Rescript[10]) die Erben des Entwendenden nur auf die Bereicherung haften, so liegt darin eine neue, den Ursprung der Klage übersehende Anschauung.

Man hat die Frage aufgeworfen, ob unter Ehegatten nicht auch die cond. furtiva stattfinden könne, sei es neben der act. rer. amot. sei es wegen Entwendungen, die nicht vor der Scheidung gemacht worden sind. Gegen Windscheid, der die Frage bejaht, glaube ich sie verneinen zu müssen. Zunächst erklärt Marcian ausdrücklich, dass bei einer Entwendung während stehender Ehe die Condictio zwar statt habe, dass sie aber auf das Haben ex iniusta causa begründet werden müsse[11]), das Gleiche erklärt Paulus unter Berufung auf Aristo bei einer Entwendung, die in einer durch den Tod des Mannes beendeten Ehe geschehen war[12]). Wenn nun schon in solchen Fällen, auf welche sich die act. rer. amot. nicht bezieht, die Grundsätze der cond. furtiva nicht in Anwendung kommen dürfen, so muss dies offenbar noch viel mehr von solchen Fällen gelten, für welche der Prätor eine eigene Klage eingeführt hat. Die von Windscheid angeführten Stellen (l. 17 § 2 l. 24 h. t.) beweisen seine Ansicht nicht. Nach l. 17 § 2 h. t. kann statt der act. rer. am. die cond. certi angestellt werden; das ist jene Klage, deren generelle Natur ich ausführlich entwickelt habe, und die, wenn sie an Stelle der act. rer. amot. tritt, die Grundsätze dieser Klage und nicht die der cond. furtiva annimmt. Nach l. 24 steht dem Manne bei res amotae die Wahl zwischen rei vindicatio und condictio zu; dass dies eine cond. fur-

10) l. 3 C. h. t. 5, 21.
11) l. 25 D. h. t. 25, 2.
12) l. 6 § 5 D. h. t. 25, 2.

tiva sein soll, ist nicht gesagt; die beiden oben besprochenen Leges (Note 11. 12) nöthigen zu der Annahme, dass sie auf iniusta causa gestützt werden muss. Endlich die l. 3 § 2 D. h. t. lässt die cond. furtiva zwar unter Ehegatten zu, aber nur unter solchen Voraussetzungen, die den Vorwurf, der Gatte habe als solcher den anderen bestohlen, nicht involviren; in dem einen Fall hatte der Gatte den *Erblasser* des anderen, in dem anderen Falle hatte er *vor* der Ehe den anderen Gatten bestohlen.

Die bisherige Darstellung sollte dazu dienen, das Verständniss der räthselhaften Worte: rerum amotarum actio condictio est vorzubereiten.

Es ist ausser Zweifel, dass die Klage eine prätorische ist; nicht allein die Nachricht über ihre Entstehung sowie die Mittheilung der l. 2 C. h. t. 5, 21, wonach sie edicto perpetuo permittitur, weist darauf hin, sondern namentlich die Hervorhebung des Satzes, dass sie nicht binnen einem Jahre verjähren soll, (— eine Hervorhebung, die bei einer civilen Klage ganz überflüssig, bei einer prätorischen, auf Delict zurückgeführten Klage [licet ex delicto nascatur] ganz erklärlich ist[13]) —), endlich die besonderen Vorschriften des Praetors über Eidesleistung. Ist sie aber eine prätorische Klage, so kann sie unmöglich eine Condictio sein in dem gemeinen Wortsinn; ihre Intentio kann nicht auf dare oder auf dare facere gerichtet sein; treffend sagt einmal Rudorff[14]): «der Prätor kann keine Condictio schaffen, condictionem dabo im Edicte ist eine Erdichtung der Neueren».

In dieser Nothlage griff Anton Faber[15]) zu seinem

---

[13]) l. 21 § 5 D. h. t. 25, 2; Czyhlarz, Dotalrecht S. 348 N. 5.

[14]) Rechtsg. Bd. 2 § 40 N. 19; vgl. noch Gaius 4, 34.

[15]) De error. pragm. Decad. 79 err. 7—9.

bekannten Mittel, er schaltete ein non ein; aber die Conjectur führt zu der ärgsten Plattheit; sie schreibt dem Gaius Worte zu, die völlig überflüssig wären. Rudorff[16]) hilft sich damit, dass er erklärt, die Klage sei *„materiell“* eine Condictio; es versteht sich von selbst, dass ich dieser Erklärung nicht beitreten kann; eine «materielle» Condictio ist für mich ein Unding, die Condictio ist das Gefäss für allerhand Ansprüche, also nichts in sich Bestimmtes; überdies ist die act. rer. amot., wenn man unter der «materiellen» Condictio eine Bereicherungsklage denkt, keine solche; sie geht keineswegs bloss auf die Bereicherung. Glück[17]) und Czyhlarz[18]) erinnern an die Aehnlichkeit der act. rer. amot. mit der cond. furtiva; nur schade, dass der Ausspruch des Gaius *nicht* lautet: rer. am. actio *condictio furtiva* est.

Meines Erachtens sind die Worte des Gaius nur aus der Anschauung erklärlich, welche ich in dieser Abhandlung über die Condictio entwickelt habe. Die Absicht des Prätors bei Einführung der Klage war, das Institut der Ehe vor Verunglimpfungen zu bewahren; es soll der Scandal vermieden werden, dass ein gewesener Ehegatte dem anderen den Vorwurf mache, dass dieser gegen ihn während der Ehe ein Furtum begangen habe. Zu diesem Zwecke schloss der Prätor nicht bloss die actio furti aus (— diese schon deshalb, weil sie pönal und famos ist —) sondern auch die cond. furtiva; trotzdem nämlich die letztere weder pönal noch famos ist, so musste doch der Kläger vor dem Geschworenen die Klage mit der Behauptung des Furtum begründen; es soll aber nicht ein Gatte von

16) Rechtsg. II, 350.
17) Pand. Bd. 28 S. 46 f.
18) Czyhlarz, Dotalrecht S. 348 f. Note 5.

dem anderen ein solches behaupten; weder darf dies während stehender Ehe noch nach der Scheidung geschehen. Ist die Beiseiteschaffung während der Ehe ohne Rücksicht auf Scheidung erfolgt, so soll der Beschädigte die Condictio auf iniusta causa[19]) gründen, d. h. er soll dem Beklagten keinen schweren sittlichen Vorwurf machen sondern sein *objectives* Unrecht ihm entgegenhalten; die auf iniusta causa gegründete Condictio gestattet keine Behauptung eines Diebstahls, sondern nur die Behauptung, dass das Haben des Verklagten mit dem Recht nicht harmonire; sie lässt selbst das dahingestellt, ob der Beklagte als redlich anzusehen sei oder nicht. Ganz dieselben Grundsätze sollen gelten, wenn die Beiseiteschaffung vor der Scheidung erfolgte; das ist es, was der Prätor mit der Einführung der act. rerum amotarum beabsichtigte, und das ist der Sinn des Ausspruchs von Gaius: rerum amotarum condictio est; er bedeutet: *aus der Fassung der Formel lässt sich bloss erkennen, dass der Verklagte verurtheilt werden soll, wenn er zur Hergabe der Sache verpflichtet ist; es fehlt hingegen die Angabe des Grundes, weshalb er verurtheilt werden soll;*

---

[19]) Es mag bemerkt werden, dass auch die auf iniusta causa begründete Condictio trotz der Formel rem dari oportere vom Eigenthümer angestellt werden kann. In der Justinianischen Compilation wird bekanntlich die cond. furtiva nicht als einzige dieser Art hingestellt (l. 1 § 1 D. de cond. trit. 13, 3. Gaius 2, 79. § 26 I. de rer. div. 2, 1) und das Scholion zu den Basiliken Buch 23 Titel 1 (Heimbach II, 585) führt ausdrücklich auf: die cond. furtiva, ex iniusta causa und sine causa. Schrader in seiner Institutionenausgabe zu § 26 I. de rer. div. 2, 1 behauptet freilich, dass wir nicht wissen, wer die Besitzer sind, die abgesehen vom Dieb mit der Condictio belangt werden können, allein das Basilikenscholion ist jedenfalls ein Zeugniss über die Justinianische Praxis, und es wird durch die l. 6 § 5 l. 25 D. rer. am. 25, 2 bestätigt.

der Grund darf erst vor dem Geschworenen angeführt werden, aber auch vor ihm muss die Behauptung des Diebstahls vermieden werden; vor ihm darf nur behauptet werden, dass der Verklagte die Sachen aus dem Hause des Klägers entfernt habe.

Von dieser Anschauung aus gelangt man zu einer Einsicht in die Formel der Klage. Rudorff[20]) hat ihr die Fassung einer formula in factum concepta gegeben; er macht die Verurtheilung davon abhängig, dass die Verklagte res divortii causa amovisse et divortium secutum fuisse. Hiegegen hat Bekker[21]) mit Recht Einspruch erhoben; gerade aus den Worten des Gaius hat er geschlossen, dass die Formel nicht in factum concipirt gewesen sein kann. Ich glaube, wir finden die Formel, wenn wir die civilrechtlichen Worte dare oportere in die Sprache des prätorischen Rechts übersetzen, dann lautet sie:

si paret, N^am^ A^o^ res reddere debere[22]) ...

Einen Anhalt für diese Fassung sehe ich in l. 8 § 1 ht.:

> Sabinus ait, si mulier res, quas amoverit, non reddat, aestimari debere, quanti in litem vir iurasset.

Es heisst nicht nisi restituat sondern si non reddat; erstere Fassung (nisi restituat) hätte ein arbitrium enthalten, und die Klage zur arbiträren gemacht[23]), so dass der Schätzungseid selbstverständlich und die Bemerkung des Sabinus völlig überflüssig gewesen wäre[24]); die zweite Fassung ergiebt, dass *in dem*

---

20) De iuris dictione edictum p. 127. Auch Czyhlarz, Dotalrecht S. 350 Note 14 denkt an eine act. in factum, aber nur zögernd.

21) Aktionen 1, 144 Note 30.

22) Oder ist reddere civil? l. 22 § 9 D. sol. matr. 24, 3.

23) So denkt sich die Sache Czyhlarz, Dotalrecht § 348 N. 5.

24) l. 2 § 1 D. de in lit. iur. 12, 2.

Hauptheil der Formel ein reddere gestanden haben muss, die Klage enthielt also materiell dasselbe, was das arbitrium de restituendo der arbiträren Klage, und daher war die Bemerkung des Sabinus über den Schätzungseid begründet [25]).

Man würde irren, wenn man dieser Darstellung den Namen act. rer. amot. entgegenhalten, und auf denselben die Behauptung stützen würde, dass in der Formel das amovere erwähnt gewesen sei. Zur Widerlegung beziehe ich mich auf die act. rationibus distrahendis, mit welcher der Tutor haftet, qui in tutela gerenda rem ex bonis pupilli abstulerit (l. 2 pr. D. de tut. 27, 3).

Endlich mag noch auf einen häufig begangenen Irrthum hingewiesen werden [26]). Zur Unterstützung der Behauptung, dass die act. rer. am. eine «materielle» Condictio sei, beruft man sich auf l. 19 D. de cond. furt. 13, 1:

> Julianus ex persona filiae, quae res amovit, dandam in patrem condictionem in peculium respondit.

Der Sinn der Stelle ist, dass gegen den Vater nicht die act. rer. amot. zu geben ist, sondern die gewöhnliche condictio furtiva, und dieser Satz wird mehrfach bestätigt [27]).

---

25) Savigny (System 5, 124; gegen ihn Czyhlarz, Dotalrecht S. 348 N. 5) meint, der Würderungseid sei in l. 8 cit. nicht als regelmässiges Recht des Klägers anerkannt, sondern nur als Aushilfe, in Ermangelung anderer Beweise. Das ist nicht begründet, die Worte der Lex enthalten nichts davon, und wenn sich Savigny noch darauf beruft, dass die act. rer. am. eine Condictio sei, so ist die Bedeutung hievon eben in Frage.

26) Glück, Pand. 28, 48.

27) l. 3 § 4 l. 6 § 2 D. de rer. am. 25, 2.

Druck von Kerskes & Hohmann, Berlin, Zimmerstr. 94



Zusätze.

S. 18 Z. 18 v. o. fehlt der Name von Brinz.

S. 35ff. fehlt die l. 3 § 3 D. 42, 4, in welcher Ulpian die Erbschaftsantretung als contrahere videri bezeichnet.

S. 185ff. Die im Februar erschienene Schrift von Schmidt über die l. a. per iud. post. konnte leider nicht mehr berücksichtigt werden.

Ex. G. a. a.

